





PRINCETON UNIVERSITY LIBRARY

01100



32101 073412452

PRINCETON UNIVERSITY LIBRARY

This book is due on the latest date
stamped below. Please return or renew
by this date.





Abu Zahrah

الملكي في نظرية الحق في في الشريعة الإسلامية

تأليف

محمد أبو زهرة

مدرس الشريعة الإسلامية بكلية الحقوق

كتب مقدمته الأستاذ الجليل محمد كامل مرسي بك
أستاذ القانون المدني بكلية الحقوق

الطبعة الأولى

١٣٥٧ - ١٩٣٩

(Arak)

(RECAP)

KBL

. A327

1939

89B5158-1

مقدمة

بقلم حضرة صاحب العزة الأستاذ الدكتور محمد كامل مرسى بك

من أم ما يتجه اليه البحث في الآونة الحاضرة ما خلفه فقهاء
الشريعة الإسلامية من تراث ثمين ، وربط ما بينه وبين الفقه في
أوضاعه الحديثة .

وان من يطالع كتب الشريعة ليستولى عليه شعور بالغبطة مع
شعور بالاعتزاز والفخر ، لما كان عليه فقهاؤها من دقة في البحث ،
وتعمق في التحليل ، ولما استنبطوه من حاول رائعة لمختلف المسائل
وشتى المنازعات .

وبقدر هذا الشعور يستقبل رجال القانون في مصر كل مؤلف
يكشف لهم شيئا من هذا الجانب ويلقى من حولهم نورا في طريقهم
إلى هذا البحث .

ولقد طالعت كتاب الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية
للشيخ محمد أبو زهره ، فوجدته متناولا آراء فقهاء الشريعة في
المعاملات ومقارناتها آراء فقهاء القانون في الوقت الحاضر وعاملا على
التقريب بينهما . وهو من الناحية الشرعية قد كشف لنا عن كنوز
الشريعة فيما تعرض له من موضوعاتها ، ووضعها في عبارة لاغموض
فيها ولا إبهام ، ومهد السبيل إلى تفهيمها ، ولم يكتف بنقل الأحكام ،
بل عمد إلى الأدلة بفلاها في بيان مستفيض . وفي بيان المسائل المختلف

فيها يجلي وجوه الخلاف وأدلة كل فريق ، ويبين طريقته ، مما يربى في طالب القانون ملكة للموازنة بين الأدلة عند تعارضها .

ولقد لاحظت أن المؤلف لا يكتفي بذكر الفروع الجزئية وأحكامها ، بل يردّها إلى أصولها ، وبهذا يبين أن لكل حكم جزئي أصلا كلياً يتفرع عنه ، وأنه بهذه المحاولة الموفقة قد قرب لقارئه قواعد الشريعة وبينها ، وفي ذلك خدمة جليلة للشريعة وللبحث العلمي . ومعرفة الشريعة على هذا النحو تأخذ بيد طالبها إلى لبها ومعناها ، فلا يفنى جهوده في تفصيلات وتقريمات قد تباعده عن المقصد ، ولا توصله إليه .

هذا والممك الذي سلكه المؤلف في كتابه يجعل له أثرا طيبا ويجعل منه باكورة تؤذن بأوفر الخير . ونرجو أن يلحق هذا الكتاب أمثاله حتى يتم النفع وتحقق الغاية المقصودة من وضعه .

محمد كامل مرسى

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين ، وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم
 أما بعد فقد كنت بتدريس المعاملات المالية في الشريعة الإسلامية
 بكلية الحقوق فامين متتالين : وهذا ثالثهما ، ولقد كانت ثمرة تلك
 الدراسة هذا الكتاب الذي أخرجني للناس ، تهديت فيه الطريق الذي
 أنارته لي معالجة الدروس ، ومداومة البحث في مصادر الشريعة
 ومواردها . ولقد عانيت فيه بأمرين ، جعلتهما هدفاً مقصوداً ، وغرضنا
 منشوداً : (أحدهما) شرح أدلة الأحكام وتوجيهها ، لا أذكر قضية
 إلا بينت عمادها من النقل ، وسنادها من العقل ، وأصلها من الفقه
 وذلك لأن روح الفقه الاستدلال ، ومثل الأحكام من غير أدلتها مثل
 الجسم قد فقد الروح . وإن الأحكام الشرعية هي آراء رجال مضوا
 استنبطوها تحت راية القرآن الكريم والحديث النبوي الشريف ،
 ومن حق هؤلاء الأسلاف أن نذكر ما قالوه مقروناً بأدلتهم ، مؤيدين
 بحججه ، ليكون ذلك دفاعهم عن آرائهم أمام الأخلاف ، وما الذي
 يذكر الأحكام من غير أدلتها إلا كمن يتقدم في الخصام أمام القضاء ،
 طالباً حقاً من غير دليل يقدمه أو بينة يقيمها ، معتمداً على عطف
 الخصوم ، وقد تنكروا له .

وإن الاستدلال يربى في طالب القانون روح التحصيل ومناقشة

الآراء ، ويشحذ ذهنه ، ويرهف مداركه ، ويعوده تلمس الحق في متنازع الآراء ، ومضطرب الأفكار .

(الأمر الثاني) مما عنت به يسان القواعد الفقهية التي انقرعت منها فروع الشريعة ، وانشعبت منها مسائلها ، فإني رأيت قالة قد شاعت ، بين قوم : قوامها أن الشريعة ليست الا حولا جزئية ، فكان جد لازم على أن أعني بقواعد الشريعة وأن أضعها في مطارح أنظارهم ، عسام يبصرونها ، وأن أفريها من أيديهم عسام يلمسونها ، فجمعت من القواعد في هذا الكتاب ما قد يرد الحق الى نصابه ، وينصف حقيقة طالما تجنى عليها النظر العاجل ، والبحث الناقص الذي لا يعتمد على الاستقراء والتتبع .

وأنا لا أدعى بصنيعة في هذا الكتاب إني قد أتيت بيدي ^{بمهم} لم أسبق به ، بل لقد سبقني الى خدمة الشريعة رجالات خدموا الفقه الاسلامي في هذا الجيل ، وكانت مدرسة القضاء الشرعي ، وكلية الحقوق الميدانيين اللذين برز فيهما أولئك الأقطاب ، رحم الله من مضى منهم ، وحفظ لنا من بقي ، ورضى عنهم جميعا وأرضاهم ، ووفقنا لأن نقتفى آثارهم ، والله الهادي الى سواء السبيل .

محمد أبو زهرة

الفهرس

المائة موجرة بتاريخ الفقه الاسلامى

- من ١ - ارساط اشريفة الاسلامه - من ٢ - أدوار نفعه الاسلامى ومصادره
 ٣ - من ٤ - كبرى وما شمس عنه من ٥ - لم ٦ - الله لى به ١٤ - الفقه
 فى عصر الصوره ١٥ - حياهم فى مقرر لأعتاد على ١٦ - فتاوىهم الأحاديث
 وجمده ١٨ - اختلافه - فى كان يقع - وأبى به وأزهر
 ٢٠ - نفعه فى عصر بعينه ٢١ - حدى به العصر ٢٢ - أهل رأى وأهل الحديث
 ٢٥ - الفقه فى عصر الأئمة ما اثار به هذا العصر المصادق الفقهية ٢٨ - تدوين
 كبراء وغير المدب ٢٩ - عهد خطر لاس اسلامى ٣٠ - كذا موجره فى الزرع
 لأئمة، أمه به ٣٢ - الامده ٣٣ - ماله ٣٥ - مشاهير ٣٦ - أحمد بن حنبل
 ٣٧ - نفعه فى عصر عله - أسس فى اطلاق به الأصحاب

الكتاب الأول فى لأموال والملكية

المال

- من ١٣ - من ١٤ - مال النعم وعه مفهوم ٤٨ - خلاف فى كون
 المصح أمولا ٥١ - لأموال عنه والأموال سنة ٥٦ - الفهرس وسفوف

العلاقة بين الانسان والمال

- من ٦١ - من ٦٢ - فاسه لأموال مالك واحتمك ٦٤ - ملك التام
 والافس وحوس ملك التام ٦٥ - ملك به وحده وأساسه ٦٨ - الفرق بين
 حق الانتفاع وملك النعمه ٦٩ - أسباب ملك النعمه ٧٢ - حواشه ٧٣ - صان
 العين المنتفع بها

حقوق الارتفاق

- من ٧٥ - من ٧٦ - حق الارتفاق وأقسامه ٧٦ - حق اشترى والمحرى
 ٨٨ - حق ليل ٨٩ - حق لى ٩٣ - انتصرف فى حقوق الارتفاق

حقوق الجوار

- من ٩٨ - نوع حق الجوار ومنه ، وأحكام الجوار من صاحب القيو والسفل
 ١٠٤ - الجوار المطلق وأحكامه

أصناف الملك التام

- من ١٠٧ - أقسامه ١٠٩ - أصناف ائداد ومصاد ١١١ - سبب الملكية فى الأحياء

الارادة وآثار العقود

من ٢٩٦ — الارادة متى، آثار في القانون خلاف اشترية ٢٢٠ — احلاف القبط
حول الشدد في هذا المقام ٢٢٢ — رأي المستند من الصادر الشرعة

حرية التعاقد

من ٢٢٣ - المراد من حرية التعاقد ٢٢٤ احلاف القبط، بشأن افعالها وأذنه من
يرون بمقدورها ٢٢٦ — أذنه من يرون خلافها ٢٢٨ كسرة القبط، على عدم وجوب
الوفاء حتى يقوم الدان ورسهم في معنى ذلك ٢٢٩ الأدلة اوسعها العرف
٢٣٢ — الاستحسان ٢٣٤ — المصالح المرحلة

الشروط المقترنة بالعقد

من ٢٣٦ — شرطية لا يوجب الرد، كل شرط احلاف القبط، في ذلك
٢٣٨ الرأي، يوسع في هذا المقام، وهو رأي صبي ٢٣٩ — تقسيم اعمدة للشروط
٢٤٢ — رأي ن كسرة في شروط العائدين ٢٤٤ رأي لامي ٢٤٥ — رأي
ابن حنبل

صيغة العقد ومقدار اتصالها بآثاره

من ٢٤٦ — العقد سحر واحد ٢٤٧ العقد متى، والفرق بينه وبين النصف،
والخلاف في ذلك ٢٥٠ معبود في حقه احر ٢٥١ — معبود في حقه الامانة
٢٥٢ — العقود في حال التعليق

محل العقد

من ٢٥٥ — ما من عليه عقد، منه محل العقد ٢٥٧ عدم صلاحية المدوم
لأن يكون محلا للعقد، واخلاف في ذلك ٢٥٩ — اعمدة وأثره

الصاقد

من ٢٦٢ — أهية — أهية الزوج وأهية لأداء ٢٦٣ — استدام أهية الزوج —
الزعة ومماها ٢٦٦ أهية وحيث لا اكتملة وانقصه ٢٧٠ أهية لأداء
٢٧١ — أهية لأداء الكملة وانقصه، ومن شأنهم ٢٧٢ — السبي لغير
٢٧٦ السبي ٢٨٥ ذوا النفقة ٢٨٦ — المنعوم ٢٨٧ — متى ما يملك
قصر الأهية من التصرف واخلاف في ذلك ٢٨٩ التصرفات، نسبة نفس الأهية
عند لمعية ٢٩١ — متى ما لا يعمل على اذاعتها عن نفسه
٢٩٤ أهلية المرأة

المريض مرض الموت

ص ٣٠١

ص ٣٠٢ - تعريف مرض الموت ٣٠٤ - ما سبق للمرض وإن لم يكن مرضاً
٣٠٦ - الأمراض التي يحد منها ٣٠٨ - أهلية المريض ٣٠٩ - متى حق الدئيم
والورثة عاله ، واختلاف نوع التعنى ، وحقيقه ٣١٤ - تصرفات الباقدة من المريض
وغير النافذة ٣٢١ - أهلية المريض فى القانون المدنى

الولاية على العقد

ص ٣٢٨ - الفرق بين الأهلية والولاية ٣٢٩ - أسباب ولاية ٣٣٠ - العقد بالوكالة
٣٣٢ - مصدر ولاية الوكيل على العقد ، ومدتها ٣٣٥ - من يرجع اليه أحكام
العقد وحقوقه ٣٤١ - ما يخرج به الوكيل عن حدود الوكالة ، وما ينتهى به وكالته
٣٤٣ - عود التصوى واختلاف فيها ٣٤٨ - تولى لمفاد الواحد صحة العقد من الجانب

أوصاف العقد

٣٥٥ - متى وصف العقد واختلاف الفقهاء فى شأن انفرقه بين العقد المصل والفاسد
ومحور هذا اختلاف ٣٦ أحكام العقود المصلحة والفاسدة والصحيحة ٣٦١ - التفرقة
بين باطل النكاح وفاسده وماقتضاها ٣٦١ - أقسام العقد الصحيح ٣٦٥ - العقد
الموقوف - العقد اللازم وغير اللازم

الخيارات

٣٦٩ - متى الخيار شرعاً وأقسامه ٣٧٠ - خيار التيميم وشروطه وما يسحقه من
عقود ، وأثره فيها ٣٧٤ - خيار الشرط ٣٧٥ - مدته ٣٧٦ - من له الحق
فى اشتراطه ٣٧٨ - العقود التي يسحقها خيار الشرط ، وأثره فيها ٣٨٠ - ما يسحق
به خيار الشرط ٣٨١ - خيار الرؤية ، الاختلاف فى ثبوته شرعاً ٣٨٣ - العقود
التي ثبتت فيها خيار الرؤية ٣٨٥ - من يثبت له هذا الخيار ٣٨٦ - ما يسقط به
٣٨٧ - خيار اعيان وأساس ثبوته شرعاً ٣٨٨ - العيب الذي يثبت به الخيار
٣٨٩ - أثر ثبوت خيار العيب
٣٩١ - الفسخ بالخيار ومماحتة الى القضاء ٣٩٣ - وردة الخيار

عيوب العقد

٣٩٤ - اراد عيوب العقد ٣٩٤ - الاكراه ٣٩٥ - الاكراه للملجى
وغير الملجى ٣٩٦ - أثر الاكراه جسميه فى التصرفات
٤٠٠ - الغلط - معناه شرعاً ، وأقسامه ، وأثره
٤٠٢ - التيب والتبرير وأثرهما

المادة موجزة بتاريخ الفقه الاسلامي^(١)

١ الشريعة الاسلامية تعتمد على الدين ، وتقوم على أساسه ، وسير على هذه . وفيها للمسلمين منه شعب مسلكهم ، وتنوع مشاربهم ، وتختلف من شعوب . محبوب جميعا صوب الدين ، ويهتدون من عذبه . كل يقول قوله ، . ذهب مذهبه ، على أنه شرع الله وفيه دليل الله ، فهو حقة مثلاً يقول في آرائه في الحساب ، ومعاملات الناس ، ونظام الأسرة ، ومعاملات اراحرة . أهم فيهم الاسلام ، وشريعته في هذه مسائل جميعا . وكذلك غيره من أعلام الأئمة . وفيهم المسلمين ، كماهم يتقون الى هذا الدين بسب ، ويربطون من ما يستطاون ووجهي نزل على سار حتى لم يزل بأسباب عسر وتطول ، وتغرب وبعد ومن بعد أن يجمع الشريعة الاسلامية على أبي قوانين محددة ومحدت لأصالح شؤونهم من المجتمع وتظم مصالحهم من سير أن يرتبطوا بالسلامة — فمن يجمعها على وجه صحيح ، لأن فهم مستقيم ما قام على رد مروع ان أصهها ، ولما نرى من مذهبها ، والأحكام ان عيانها ، والآراء ان مقاصد فائدها ، فإن من يحاول هذه الحماية كمن ينصور أن ثمرا يكون من غير شجر ، وأن يعموا بنوم على غير حذوء .

ويس في كون هذه الاسلامي مستندا يبايعهم من الدين ، وفنما على أساسه — نص من قيمته ولا نقص من قدر المستفيدين له مفرعين مروع ، لأن أوامرك اربعين لأول من مسلمين رؤوا شق نظرم ، وقويم ادراكهم . س قوانين تسمد من الدين ، ويطلبها بطله ، تكون أمس تلوحذا ، وأمكن في اصمير ، وأقرى نفس ، يطلبها الناس لا بعضا السلطان ولا بقر الحكم ، بل بصوت من قلب ، ورهنة من ايمان ، ورعة في العيم التيم ، فكون الطاعة

(١) هذه مادة موجزة أعدد الاعجاز كتبناها تصديرا لهذا الكتاب ليكون الطالب المتألق على نوع من الله بأدوار الفقه ويستطيع أن يدرك محويات الكتاب ، ولترك التفاصيل في درس تاريخ الفقه وأصوبه في الله الله بكله لخبري القصيرة .

أراده بالاحسان . وإيقاظ مشاعر ، وسعيه سوارح الخير ، وتصويرها للنفس من
بوارع الشر ، ولا تكون لصاحبه من صروب سكة ، والجمع انطق من
غير أن عس اوجدت تناق لقانون من داعيات خير . ومراعى الاصلاح : إذ
بعد على أنه ارادة الحكيم ، ورعيه السلطان ، وهذا واحد صاعقة من غير أن
نظر وراء ذلك .

وان جعل القوانين مبنية من ابد من شأنه أن يفسد الاراد من
أحكامها . لأن من يستعملون خشية من الله - لا يكونوا بمرار ، ويحسون
من داخل فمهم مراقبة الله . ان صعب مراقبة الاله

وان ربط القانون الاسلامى بدين محمد مرتبط كل الارتباط بشاغل
الأحلاق ، وما تطاعت الجماعات الدينية وطمة على أنه فعاثل ، فلا تسمى فروع
هذا القانون ولا قواعده عن الأحكام الكريمة . فكانت الشريعة تحقق أن
قانون تلقى فيه الشريعة بالأحكام ، ويكون صواب متعدين متلاقين ، ومن
قسم كان ذلك حين الله سبحانه وبصحيح . كحبيب به ، من حولوا قطبته .
أيقظتهم الحسنة ، وأيقظهم الواقع المستقر .

وان استمداد الحق الاسلامى بالله من ابد من حدود شاملا في صاحبه
مدعى وارعية وحمل القانون مسيطر على الخاك وأحكامه : فكان من حق
الاساس أن يقود الأحكام ثم مقبولة بأحكام شريعة ، ونتم مقبولة عن
تعييدها ، وذلك في أرض كانت سلطة أحكام مطقة لا قيد يتبدلها ، ولا
يصم يضطرب ، فكانت اشرعه برهنا بدين قدام الحكم ، وتهدب
محكوم .

٢ - ومن أجل أن شريعة تسند سلطانها من ابد من وجه ونحن
نقضى أدوارها ، ونسمع مدارجها ترجع في زمن أوجي ، والرسول يدين الله
هذا ابد اسكريم - قول دور من دوار الحق الاسلامى كان في عصر الرسول
صلى الله عليه وسلم ، ولم يكن الحق في هذا الدور من عمل الناس ، بل كان يرجع

الرسول صوات لله وسأله عليه . ستموه في عرض لهم من شئون .
 وما يلاهم من أمور تتعلق بشيئ . أو حرم . أو محرم . فيقتضيه أوحى
 من الله سبحانه . أو أوحى وحى . أو وحده عليه السلام ثم يقره الله
 تعالى عليه . ولا كان حاضره في الأنوار فيه ^(١) . ولا يكن من حسن في
 عصره حتى صلى الله عليه . من حين : لا أن كان بعيد عنه . ويعرض لهم
 ما لا يحويه في عهد من قبل . أو فتاوى الرسول . فيجتهدون . وإذا لقوه عليه
 السلام عرضوا عليه ما وصلوا اليه . فيقرهم . ويبين لهم الحق أن
 كانا المحظيين . وبث كل من حق عند الله تعالى أن يكون . لا ما في
 عصره حتى صلى الله عليه . وسيد كل عصر على سائر بني ربه على النبي صلى
 الله عليه وسلم . وعلى نفسه . ووجه . وحكمه عليه السلام . ومكانه في كل
 من هذين مسوئين كلفة .

٣ فقرانه الكريم هو معجزة من صلى الله عليه وسلم الكبرى . رل
 به الروح الأمين على من صلى الله عليه وسلم في ثلاثة وعشرين عاماً مسجداً
 رل عنه الآية والآيات . يذهب من موضع . عاية . أو مدة طهية . أو أحداث
 احيائه . ثم كان في الأحداث مبيه برمه . ومكون ليس على سنة من
 حكمه . شريعة فيه . ويكفي المؤمنين كبر قدا ريب . أو ليس وقت الحاجة
 اليه . ويكثر من كرات . لا في هذا كرا . سأل في موضع عيا . فمكون
 معده مسك في نفس فعل ممكن .

وفي أخرى . مكفة . وأخرى مدية . ومكية ما رت مكفة . ومدينة
 ما رت مدية . وسر مكفة مضي في كثير من تقصدي . بين الأصول
 الأولى المسألة ميين مسرة . لا مدية . وأساس وجدانية . وتجدر الشكرين .
 ثم بين بعض هذه التي ذكرها عقيدة التوحيد . وتثبت في معرف . ولا
 تقصدي . لا قبل بين الشرائع في خطه مدينة والأمر . وتربط الجماعة

(١) كما في نسخة أخرى . وهو قوله في حديثه مع بعض من حضره . وما كان
 في أن يكون . على حق شخص في الأرض . كآية .

الاساية بأواصر من مودة ورحمة . وحكمة ذلك حبيب و صبحه . من المؤمنين
الأولين كانوا مستعصين في الأرض يأمون أحفادهم ، وراغبون اختف ، وهم
يلاحون المشركين ، ويصوبون سبيلهم من حديد لأشبام الحديد ، ونظائر
الشرك ، وتزبه لهم عن وثني ادعاه . ويرى غايته . من كبره كبريت
منهم وحدة اجتماعية تستقل بثونهم . ويشعح من من مصر ما سير عنه
وتحكم به . حتى إذا هاجر إلى المدينة . وكان من مسهين حمولة مسهين
بأمورهم وحدة خدمية . وسكة وفود تربت كآت براسة منضمه
الاختراع ، ربعة بين حدود فكك حد شور المدينة مسهين على شتاه
والأحكام ، يتكلمون بها من هذه جماعة مسهين ، كآت مسهين مصححين
ونفكرين ، مثلهم من أكثر شريع الترتيب كآت المدينة ، لأن أكثر
آيت الأحكام من المدينة .

هست يتدقق بين مسك المدينة من شور . ترتب ككرهم معده شهر
فقد يتدقق بين شور معديان من شور يكون وحدة مثالية مسهين
الأحراء ، من لما كي فعل مسهين مسهين . فـ مسك مسهين . مسهين
المدي ، وقد يتول مسهين في مسهين « مسهين من شور مسهين » يكون
معدلا في عهم على مسك . مسهين مسك مسهين مع مسهين ، ومدي مسهين
مع مسهين . والمدي على ذلك مسهين مسهين مسهين في مسهين مسهين على
المسك ، كما أن المسحور من كل واحد مسهين مسهين على مسهين . ذلك على ذلك
الاستمر ، وذلك انما يكون بين مجمل أو تحصيل عموم ، وتبسيط مصق ،
أو مكمل ما يصب تكمله (١) وكان شاعلي يرى بهذا نقول ان تقرير
حقيقة ثابتة ، وهي ان الفرق بين الأحرار ، معه حد محجر بعينه ان عامة
واحدة ، وهو مسهين مسهين مسهين ، هي اصلاح مسهين في مسهين ، وإدانة مسهين
على دعامة من التفاهة والوحمة وهو في مسهين مسهين مسهين ، واستقل من

مأثوم إلى غيره ، ولا عاراً في ذلك ، حتى تستأنس بنفسه وتسكر له .
وعندئذ يدعى أن يأتى أن التمس التكرم بغير متصل الآخر ، اتصالاً
مطلقاً ، كما ينبغي في كتاب أي يدعى نفس ، ولكن من مؤكداً في لأرب
فيه عدم من مفهوم ما معنى صحيحاً ، فكذلك تترك مرتب مسلسل من
له حجة لأحقه عنه الآخر . وفيه قد عجز عن من مرتب من شسب . ووجب لها
تدريجاً من شكك . وكما كفة كآب من في مساهب متصلة في معالجة
عنده يجرى من . ومعنى يعطى للمدرسة لأرب صورة فصيح كأنه أصيب
أرب ، ونحن امتنع عنده شمس في فريضة . وفيها يحواه أنه مضى (١) ،
فكذلك تترأيه مترقنه من حيث الآخر . لأنه لأيد للأصلاح حال قد حان
حيثه ، ووجه . ومعنى تسمي في هذا المحصول مداحة كل خطوة متممة
بالتب . ومثله لأحد ، حتى في ثم يرويه كات شريعة ، وكل بين يدي
الاس واحدة كانه فيم التراجع من ، وفيها هدام . وفيها أصوب لأكل
شريع ، وبعد صدق مد معنى . في قول في آخر اية ترت . « ايوب : كملت
لكم ديك ، وثمنكم عنكم بعني ، ورجيت لكم ، لا بد من ديك » .

و من يدعى . وفيه فخران مفهومه . لأحد لأف من وضحة مئة :

(أطرها) أن الآيات القرآنية التي تتعرض فيها أمر شرعي واجب الانواع
لا بد من حكمكم بحكمه . ولأمر تنا في الآخر من مع مطيع
ومضحة من . فحريم طر مشاً في حكمه . وفيه من معة حيان
وعنه . انديع تحت حكمه . « أي من معاً . في الحر ونيسر والأنتاب
ولاً لا حسن من من الشيطان ، فحتموه عليكم عجب : انه يريد شيطان
في فقيع حكمه اعدوة ومعد في آخر ونيسر . وصدكم عن ذكر الله ، وعن

و من يدعى . في أولها في إلى انتهاء ثم نهى عن قرآن
في فقه . وصدق . في . « لا تسمع » وأرهب احاسيم فأذكر كوا
و من يدعى . في فقه من عايد به من في حر . في مع (١) « أي الدين
في حر ونيسر والأنتاب لا بد من من عن اصطاح »

[illegible]

العامة من نسق القوانين هي التميز في حسن . وحسن أحكامه تساعدها من غير
قوة خارجة عنه إلا أن كانت في الأرض فسادا — اقتضت حكمة الله ، وهو
اعليم الخبير أن يميز في كتبه على سبيل ما كان في خواطره من حسن ، وحسن
القلوب ، لا على سبيل التأنيف والتعصيع . يدي . أخذ . مشرقة . تفسر . في زعم
هذا وما كانت تبرز في الأحكام في الموضوع أو حد دفعة واحدة ، بل كانت
تبرز بمسائل ، وعلى حسب ملائمتها لأجزاء ، يستدرجها ردها إلى حكمه
مما يثبوت ، ويقتدر ما يقتضون . فيبرز من أحكام الموضوع ما يشون به . حتى
إذا انتهت بالإيمان القوي ، أو فصحت تأنيف ما . مكن تأنيف من الأحكام
به صارا يستأنس به بعد الاستدحاش . وعن ذلك كان من تأنيف عدم تجمع
أحكام الموضوع الواحد في موضع واحد .

(ثالثا) أن القرآن الكريم لم يسن الأحكام بالتفصيل ، بل ذكرها
بالأجمال ، وليس ذلك مقصودا على ما يظن من بعض المفسرين ، بل فيه سبق
باعتدالات كبره ، فمنه . أمره . كراه . لم يعمل أحكامه . ومنه . لا . ولم
يبين أحكامها . وفي معادلات الناس ، وتنظيم اجتماعهم يقتضي للفرد ، كلمة ،
لا يفصل الفرع الفرعية ، فهو معنى من عن أكل الأموال ، ما ضل من سبيل
يبين أنواعه ، ويخصي فروعه . ويجعل الرضا مدعى في تناس الأموال والخلاف
من غير أن يعين ما يدخل في محله ، ويأمر بكونه ، ويعتد ولقيامه بتهديدات من
غير أن يبين أنواعها ، وأقسامها ، أو يشر بها من غير أن يبين درجتها ،
ويأمر بالشورى في مثل قوله تعالى : « وأمرهم شورى بينهم » من غير أن يبين
أساليبها ، وطرقها . وهكذا نجد نورا في عظم مجتمع ومعاملات الناس بين
الله عند الحكمة ، ولم يبين تفاصيل الخلق ، وذلك لأن نورا كبره يحاط
بأحكامه يؤمن به في كل حال ومكان ، والناس لا يكادون يحفظون في
المواعيد الكلية على تقوم عليها الاجتماع ، وتعامل بين حسن ، وإشبات
الاحتجاجه والتمكينة وطوعية مهر نصحهم وبسبب حب الأمم

والأول ، والأحسن . من يصل خلاف ان السب الكمية . ان لا يعدو
 المربع والحركات ، من أجل هذا احدى القرآن من مكات فقط ، فكان
 صبا على راسه . وكل مكان ، ان الكيات تشق من لفظة لاسية ،
 وتسمى من سوء . لفظة الاس لا يورف يثاب . ثا قرآن كاشفا
 عن تلك لفظة مبدأ متبها فكان لاسيا بحق دين عطية : « فطرة الله التي
 فطر الناس عليها ، ذلك ان لم . ولكن كثير من لاسيا « ولأن
 امرآن الكرم لم يصد في الأحكام إلا الكيات ، ولم يخص في التفصيلات
 كانت آيات لأحكام مع فقه ، منة حكمة ترجع إلى كل حكم شرعية
 وعاصية . وذلك عند امرآن الكرم الخطة الكرى ، مرجع الأول من عدة
 من لفظة المصدر الوحيد لهذه شرعية لمرأ ، منة من مصادر تفصيل
 محله . و« صحيح » ، وتخرج على ضوء ، واستناد ما فيه من حكم ومع
 منة ، ويجب الاستدانة . ورجوع إليه لا . و« رسول الله صلى
 الله عليه وسلم » : « إن هذا القرآن جعل الله ، وهو النور المبين ، والشفاء النافع ،
 عصمة من غشيت ، وكلمة من نعمة ، لا يمحى فيقوم ، ولا ترجع فيسبب ،
 لا تنقضي شأنه ، ولا تحق على كثرة أراء »

٥ السنة النبوية وهي مصدر شئ لشرعية لمرأ . وقد كانت

هي لقص احدى اعتمد عليه المرون في شرائعهم في حدة منى صلى الله عليه
 وسلم ، فما كان منه من الأول في عبده يرجعون في شكل عليه من مؤيد
 كتاب راس ، ان كان النبي يسببه . ويصح ما نعى عليه من حكمه ،
 فاسي كان المرجع في كل شئ ، في مسائل القرآن وفي مسائل من حرم فيه
 قرآن . وفي الأقصة منه وكل ذلك نعى على منى و« حنيفة بنى يده
 الله عليه ، وبعد لا قرأ . وعدم تسمية على احد يرتفع في مرة انوى
 ما دام في أمر تفعل بالشرع الشريف وحكم من أحكامه
 وكلمة لاسية نطق على أقوال لاسي صلى الله عليه وسلم ونعمه ، وتقرراه

«سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم بحسب الأحكام» و«سير على مباحها» لأنها
 حجة لثبوت هذا الدين، وهذا أمر ثمران كريمة، فقد قال تعالى: «من نصح
 رسول الله فقد نصح الله» و«في حذر الدين بحسب عن مذهب تصديقهم فتنة
 تصديقهم عذاب أليم» و«عن علي» وقد آتاه رسول الله صلى الله عليه وسلم
 عنه ف«قوله» وقال عز من ذن «أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم»
 «فإن نصحكم في شيء فردوه إلى الله والرسول» كسم نعمون الله ولله الأجر
 ذلك خير، حسن ذو الأ، «قول» «فلا بد من لا يؤمنون حتى يحكموا في
 شجرهم» ثم لا يحكم في أنفسهم حرجاً مما قضيت، «سألهوا النبي» وقد
 صلى الله عليه وسلم «نن سيجي» فواء يتشاققون منهم لا يرجعون إلا إلى
 كتاب الله، وقد «نشت رحل منكم مكش على أن يكتنه يحدث بحديث على
 فقوب «سألهوا» كتاب الله، «سألهوا» فقه من حلال استحبوه، وما
 «سألهوا» من حرام حرمة، «لأن الله» حرمة رسول الله (صلى الله عليه وسلم)
 مثل أمي حرمة»

٦ كل هذا يدل على أن سنة الله في هذه شريعة، «كل
 «الأمم» مع ثمران في عصر حتى عليه السلام، «لأن كتاباً لا يهون في دين
 «عن الله» لا على ما يستعمله منه حتى به عليه وسيد كما شهد، «سكن هن كل ما ورد
 «عن أمي» سنة الله (ذو السلام) «كل ما كان منه يراه المسلمون حجة بحسب الاستمالة
 «و«دين» يحسب اعتدافه، «وهي» يحسب «سير على» «الأول» الاحاطة عن هذا
 «قول» بحسب التفرقة بين ما يفعله على «سنة» «سنة» «وتبين» لأحكام
 شرعه، «وبين» ما يفعله على أنه بشر، «وما يرتبه» على أنه شأن من شئون
 الحياة يتقارب علمه فيه مع علم الناس، «فإن الأول» «حجة» شرعية،
 «مصدر» شيء للشرع الإسلامي سواء «كانت» مسنداً إلى النبي أم
 إلى احتياط من صلى الله عليه وسلم: «لأن» احباده صلى الله عليه وسلم «مكررة»
 «الوحي» «قد» عصمه أن يتقرر رأيه على الخطأ، «واحتياط» أمي صلى الله عليه

ومن من مفسر، على الاستصحاب من مخصوص، كما يصرح . ر . كثير ما يكون
من عمده من مصادد الشريعة وفوقه . فيبين الاحتجاجات بمصدر مشتقة
بالوحي (١) .

وأما شئى ، وهو ما كبر من حى من قور ونفس لا تنص رسالة
وسمع شريع قدس ربه فيه عنه السلام حجة في شريع ، لا مبرأ من
مدرسه (٢) ، لأن ما يكون حجة هو ، بعد الرسول بوصف كونه رسولاً .
ثم في بعد ذلك فقد وردت آيات عنه عليه السلام تدل على كلامه فيه حجة
كما منه كلامه ، ثم ما من فقد روى عنه عليه السلام شئاً من شئنا بشر .
دأبنا به شئى من ذلك فلهذا . وإذا لم يكن شئى من شئنا بشر .
ثم « وقد رآه من شئى صلى الله عليه وسلم . مبرأ للحرب . فقل :
ما كان وحى فلهذا . وإن كان باحتماد روى فيمن مبرأ مكيدة ، فقل
بل باحتماد ورأى فرحل .

ومن أمم شئى لتحقيق حى منى به عنه وسلم من حجة . وقبوله
به عنقضى ذلك لتحقيق ولكن بحسب ما به إلى نقطة جوهرية في هذا
منه قد من عا . ومن من كبر منه ، وهو أن القضاء من الرسول صلى الله عليه
وسلم يشتمل على حجة قدس ربه فيه ، وهو شريع ومادة قدس ربه فيه
موقف الخصوم وتحقيق الحوادث التى ينشأ عليها الحكم الجائى . من حيث مبروه
منه لمعنى وأنها لمعنى عنه ، وهو شئى من شئنا بشر . لأن
وحى لا من إلا من هو من من كل من حجة . ولا من حوادث حرثية
لا يرتب عنها أمر عام ، وذلك من ، لأن من من شئى من شئنا بشر .
من حجة بحرى مواقف الخصوم . وهو حجة حجة . لأن من حجة لأصل شريع

(١) راجع حجة الله عليه السلام ، الجزء الأول من ١٢٧ .

(٢) وقد يقتدى به المؤمن تيمناً وحجة وإخلاصاً وإحياءاً . ر . ر . ر .
ذلك دليلاً على عظم الحجة .

مقه في عصر الصحابة (من ١١ إلى ٤٠)

١٠ بعد وفاة النبي صلى الله عليه وسلم استلمت أمور المسلمين في ثلاث كبرى وقصير أربعين ، لأن مكة وقفوا على حريين الإسلام ما عليه من أن ينشر بين وعابهم ، مغلقين الأبواب دون مسلمين ، فتميز بين الخصوم أعداءه دون وصول دعوتهم إلى أرمه ، فكان لابد من نشر الدعوة الإسلامية ، (وإن عرص لاره الأداة إلى الأمة) من أن يهدم الأسوار منعة ، ولأسرار الحجة ، وكانت الحرب ، وكان فتح من وراء فتح الإسلام ، أما بعد الدعوة فقد تمهدها معه وبين مسلمين على أن يكون هو ما هو ، وعليه ما ينبغي ، وما يدعو الإسلام أن عرفت قومهم باليقين في الشئ عليه ، وطالب به منهم بالعنف أو أمين لا كاهين ، واختارين لا مضطرين ، فلا كره في هذا الدين ، بذلك مرثكت حكم المسلمين مما كانت ذات حدات بعد عرق من غرق العصر ، وكان تحت حكم مسلمين مشروى من وسوية ، ثم شغل فرقية ، ومحت لادن الإسلامية العسكرية فاشح من الأمر ، ومرح فيب عاصم بحسنة لاقواه ولأحسن فكان لابد من أن يجد في شئون الاجتماع حدث لم يكن في عهد الرسول صلوات الله وسلامه عليه ، ولابد أن تشب ما حى سياسة ، ومجته ضرورها ونحج مسلمون أن يعم وحكام لم يكن في عهد رسول ما اضطربوا ، ويدفعون من ملكية فيما تصحش ، وكان من أسس من الأقوال ما اقتضى أن يحدث هو من لأقضية ما يؤتم خوفاً ويبرر عدالة منهم

لقد كان لابد من احتشاد الصحابة إذا لم يكن بينهم من يعيهم من الأحمدة ، وهو الرسول عليه السلام ، فتهدي إلى تعرف تلك الأمور ، معصية التي تعرفت به وحكم عذيقه ، فاحتشوا أن كذب أنه عرضوا عنه قتله ، وفي وجدوا فيه حكماً صريحاً بطله به ، ون لم يجدوا في الكتب الحكم واضعاً ، يتكلموا إلى النبوة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، واستندوا ذكرات فحده يحلمو حكم النبي صلى الله عليه وسلم في مثل قتله ، ون لم يكن من بينهم من يخطه حدثاً

احتشدوا رآهم ، وحكموا أممهم وانحبوا إلى مبروه العدل في أمميه .
ومسهم في ذلك من القاصي تمتد مخصوص قاص ، اذام محذ في ليس مبرمج به
في قصة بين بديه صق ما يراه عدلاً ، والقصة

وهذا كان محذ به يتبعه صوت في منهم في انسا والقضاء وحكمه من
الاحتجاجه والساسة ، وجميع ان كتب الله تعالى فان محذوا رجوعوا الى سبه
رسول الله عليه السلام ، فان لم يثروا على حديث محفوظ أو من مأثور أو
تقرر فعله غير النبي فثوره عليه رجوعه الى اري . وقد جاء في كتب
عمر رضي الله عنه ان أنى موسى لأشعرى في قضاء « أممهم القوم في صلاح في
صبرك مما يس في كتب ولا ساسة . اعرف الأشبه والأشهر ، وفلس الأمور
عند ذلك » وقد عرف ابن ليم اني على حد ما كان يهيمه انتصدة فـ
« حصوه بما يراه انقلب بعد فكر ومن وضف يعرفه به ان انصاف ثم يعرض
فيه الأمارات » (١)

ولقد يهيم من كتب انصاف لفنه من جمهور الفقهاء ، وهم من (ارني) اندي
كان يقول عليه الصلواة انه القياس الاصطاحي وهو الحق من غير مخصوص
على حكمه فأمر مخصوص على حكمه منه جامعة بينهم كانت هي الدعث على
حكمه المخصوص عنه كبس كل مسكر غير اخر عامها ، لأن عبد الحكم وهي
الاسكر ثابته في اخر وعبره من سكرات في كانت مع وجه في القديم ،
وتق عرف في الحديث وسكن يعرف ابن ليم للارني اني كان لصدة
يخون به شمن من هذا منس الاصطاحي والتشم لأفصيهم وعندهم
يرجع بديه كلام ابن ليم .

١١ ولحب أن يقول أممهم في حديثه ، وربي ما يكونوا سوء فـ من
تخط ، ولم عت برأه ؛ لأنه يحشى الكتب على لله ، ونس يحس ويحرم

(١) رجع أعلام بومين اخره الأول من ٥٥٥ ، وربي يد هي شمن احد من فقهي
وخص الاستحسان ويسن صـ رـ ، وقد ذكره شمن كل مدعي به عده غير معبد
على كتاب أو سبه أو اجمع مسع .

من غیر علم ولا سلطان مسبق من شرع ، وبعقبہ احد روى تخرجا من
 اتحدیث حشہ ان یکم فی تحدیثہ ما یریدہ رسول اللہ صلی اللہ علیہ وسلم .
 فقد کان کثیروں منهم یسمعون عن النبی عن رسول اللہ ۛ ہذا یروی فی جملة
 ان حصیل کان یقول : « والله ان کت لأری فی و شئت حدثت عن رسول
 ۛ صلی اللہ علیہ وسلم ۛ میں منہ سین ، و کت نقی عن ذلک ان رجلا من
 اصحاب رسول اللہ صلی اللہ علیہ وسلم سمعوا کما سمعت ، و شہدوا کما شہدت
 و تحدتوں حدت . مہی کما نقول ، و خاف ان شہ لی کاشہ ہم »
 وقال ابو عمرو السجی : « کت نحن الی ان مسعود حولا لا یتول عن رسول
 اللہ صلی اللہ علیہ وسلم ، و قد عن رسول اللہ صلی اللہ علیہ وسلم استغاثہ عدوہ ،
 و قال ہکذا ، و کذا ، و قرأ من د » و حق ان صحیحۃ کاوا ہیں حرجیں
 کلاما فیہ صدق نہ دی صدمہ ، لہم یحشون لہم علی ہذا اندین ، اخرج
 الاثر ان یکثرو من الحدیث عن رسول اللہ صلی اللہ علیہ وسلم و اسلام کی یعرفوا
 احکام اکثر الاحداث . و فی ذلک حشہ کتب عنہ ، و انی ان سموا
 رائہم فیہ ، سہر فیہ اثر عن امی صلی اللہ علیہ وسلم ، و فی ذلک تہجم علی
 محسن و البحر تہجم رائہم ، ثمہم من احقر تحدیث عن الرسول و یوقف عند
 الاثر ، و ہمہم من احقر رائی فیہ ، یتبر عن الرسول فاحذر هؤلاء ان یسموا
 رائہم ، و حطہ علیہم ، و منسوب ہم من ان یحدثوا عن رسول اللہ ، و قد
 ردعہم الحدیث ان ان شہ عالم فتوا ما مل و اتہ قال عبد اللہ بن
 مسعود ، و ہم من شیعہ اری بعد ان فی فی منہ ، اقول ہذا رائی ، قال
 یکن صواب عن اللہ ، و ان کت خطائی و من الشیطان ، و اتہ و رسوہ منہ
 بری » و قد فتی عمر فی منہ و کتب کاتہ عنہ انفتی : ہذا ان رأی اللہ و رأی
 عمر و قال عمر ثم فت ، ہذا رائی عمر ، قال یث صوابا عن اللہ ، و ان یث
 خطا فن عمر ^(۱)

(۱) من ہذا - فی سبیل ان الصمدہ رسول اللہ عنہم منکبہ منکبک ملک لائزہ
 و ملک الراى . و ہمہم من عبد علیہ ذوا ، و کثیروں منهم علم علیہم الراى ، و ما کانوا -

ثم يتبين اني امر بغيره جميعه . وبعد كل هذه حركات من اشوي . اشري .
خاصة . وشورى العامة . بشراء الخصة كتب تحمض لايه ضعيفة .
ام حريين الاوين ، والاضار سائين ، وهذا يستثير في صغري امور مبدئية
وكبرها . واما شوري العامة فمكون لأمر مبدئية فجميع ، وفي الأمر الخطي . من
أمر مبدئية ، يجمعهم في مسجد ، واذا في سنة فجميع حري مبدئية ، وعرض
الأمر الخطي ورأيه فيه ^(١) . من ذلك انشأهم في أرض سواد العراق . وقد
كان من رأى حراء قسمتها بسببه . ومن رأى حراء قسمتها وأن تترك في رأي
أهل جمع الصحافة ، وانشأ في ذلك . وتكرر اجتماعهم يومين وثلاثة ^(٢) واتهم
الرأي الى موافقة عمر .

وارأى الذي يكون في اجتماع . يوافق عليه المتحمسون بكتب لا ريب قوي
من الرأي الآحادي . لأن ذلك يكون بعد تحمض وتحقيق من المتحمسين . وهذا
لا يكون الا بتحقيق صاحبه وحده ، وبذلك كان رأي الخاضع هو رأي تسير
عليه شئون الدولة . وبعد ذلك . الذين خلفوا الصحافة وبعدين من المتحمدين وسهوا
ذلك الرأي الخاضع احده ، واعتبروه مصدر اراء من مصدر الفقه الاسلامي
لذلك يقول على طريقه هؤلاء . ان مصادر بمتهمه بعد ذلك كانت أربعة .
الكتاب ، والسنة ، والرأي ، والجماع .

١٣ — واذا كان صحابة يجهلون فلا بد أن يحتجوا ، وانكسهم يتبين
الى الاجماع اذا كان جهدهم حريه . وقد سمعنا لاختلاف ، وفيه نزعهم اذا كان
الاجماع آحادية . وكانت تلك الاختلافات مشيها واحد ثمانية :

(١) وكان سكان المدينة في هدايتهم بين سكان . . . كان كل شعب في رأي في شئون
الدولة ، وان لما قلته عمر أصلاً عظم في الامانة فهداهم بصراً . . . في حديث
على رضى الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « فبشر رسول الله ، الأمة بربانها
يرلوه قرآن ، ولم يحسن فيه مثله . فان جميع ما بين أو قبل عهد النبي من مؤلفات
فاجعله شوري بديكم ، ولا تعتمد فيه رأي واحد »

(٢) راجع كتاب حرج أبي يوسف من ٣١ و ٣٢ .

وحيث يستعملون ان فهم ذات حركات ، ولا بد ان يكون في ردهم صورها ، علم
سريحي و نظمها — سيما في ان تشعب الالطاط في تفقه ، وكثير التفرع فيه ،
على ما يستلزم اليه في موضعه

وعند ضعف ان العوام انما يتبعون ما يكرهون في صفة واحدة كما كانوا
في عصر الصحابة ، فقد كانت مدينته عش صحابة من أهل مكة في الهندس ، وأهل
المعرفة والدين ، لأن سبه عمر كانت نصفي ، حتى صار داخل ربيع الحجاز لا يسهده
كثيراؤه ، ولا تجوز الحريين عصره اليه حريين والأفصار ، أما في عصر تاهين فقد
كان لكل مصر فقهؤه على نحو ما علمت من سبه لك ، ومن تفرق فقهائه في
الأصناف منعه لاحد فقهؤه وتفتت نصاره ، ذلك حتى تدرى من غير ان يلاقي
أحده ، ويقاؤه اثنى ، ، به حبه فمكة ، وكل واحد يعرف قبيحه ، ويسأل
في امته ، أهل ذلك لأفقه ، هناك ان تتهال من مختلفه من الحكماء فقهائه ،
وكل يمدح في قبيحتى في الاتمس من مدح ، حرب منه ، وصالح انس ، وما
هو سبه موافقة حاشية ، ونحوه مع يشبهه ،

١٥ وعند نحو عن حرة على محدث وكثرة كذب على رسول
الله صلى الله عليه وسلم ان فكر عمر بن عبد العزيز في مدح السفة ، وأشار
سبه به ، ودراستها بحري تصديق من المكذوب على رسول الله صلى الله عليه
وسلم ، كما يحكم عن كثرة الكذب هذه لكثرة ان اشقة كثيرون من الفقهاء في
الأخبار يرى ، ما ساعد على ذلك ان كثرة فقهائه من موالي ، كما كثرت المنازع
الاعتية ، ما سادت امروق فمكر في غفلة سبكه افسس ، ثم صارت موافق
الاحكام دهي الأم كن اني كانت مهاد حركات يوه سات وعلمه ، وفيها انارتها
والاحكام يرى ولقدس هو الذي يتفق مع هذه عصبية

وكما كان فقهاء يكلمون من الاحكام ، آرميه في درجه الافراط ، وخذ
فقهائه يتعمسون بسبه ، شلوس في امهم فقهائين ، فأنريين ، تحليل و محرم
من غير هدى ولا سلطان مبين ، وكان احواف بين أهل الحديث وأهل الرأي
لا يروى عن الاستدلال ، سفة في داهم ، يمكن على الاعادة على ان رأى عند ما لا

تصبح سنة في هذا المحل . فالحديث السابق . ولا يكون أحد من طاهر
 قومه تعالى . ولا يكف ما بيننا وبينهم . ولا يفيهم لأن شجرة
 سلكه هذا البيت . وفهم من معنى سنة سنة معاً . ولا شجرة
 معتبرة اعلى ومعها من معنى محكمه من كماله . ولا شجرة
 بالاحتياط . فلهذا في الخبر في كماله . ولا شجرة
 ما بيننا وبينهم . ولا شجرة معاً . ولا شجرة
 خصوصاً . فلهذا في الخبر في كماله . ولا شجرة
 كماله . فلهذا في الخبر في كماله . ولا شجرة
 مراقبين من رضى . ولا شجرة من كماله . ولا شجرة
 محرمين من محرمين من كماله . ولا شجرة
 به ان كان حراً . ولا شجرة من كماله . ولا شجرة
 كماله . ولا شجرة من كماله . ولا شجرة
 ومعها سنة من كماله . ولا شجرة
 فيهم .

وقد ما عرفت . فلهذا في كماله . ولا شجرة
 فلهذا في كماله . ولا شجرة
 ويرغبون في كماله . ولا شجرة
 ويرغبون في كماله . ولا شجرة
 معاً . فلهذا في كماله . ولا شجرة
 كماله . ولا شجرة من كماله . ولا شجرة
 كماله . ولا شجرة من كماله . ولا شجرة
 كماله . ولا شجرة من كماله . ولا شجرة
 كماله . ولا شجرة من كماله . ولا شجرة
 كماله . ولا شجرة من كماله . ولا شجرة

و لا یجوز ان یخصی کل عبد من عبدہ . و یختار و یخلفہم . لان
 ذلک لا یجوز لاسمہ . و لا یستصیع ان یشاء ان یرتاب . و یکف بصر
 من یرتاب من تحت حایل منہ . الا ان یرتاب فی منی . و یفی
 بکتاب و یرتاب . و یرتاب . و لا یجوز . فیسقط فی حد من خلاف حودہ .
 و یرتاب فی حدہ .

(١) ما كتبت في حاشيتي في حاشيته وكتبه المصنف الأول للمشرقة .
لأن من أقرش في ذلك ، كما قد خرج من بعض الأسماء ، يمكن كان
حاشي حول دلالات الأسماء ، وكتبه من مسائل صومه كوقوع التبع فيه و عدم
وقوعه ، وكتبه من صومه ، كما ذكره في حاشيته ، وكتبه من مسائل التي
لا تنس من الأحكام ، وكتبه من مسائل ، وكتبه من مسائل الطرق الأساطير
ومدام وعلاقته نالاه

[illegible]

وَبَعْدَ ذَلِكَ قَامُوا عَلَىٰ سِدِّهِ هِيَ الْأُخْبَرُ شَيْءٌ مَعْرُوفَةٌ حَكِيمَةً
١١ - رَجَعَ ... عَنِ الْمَدِينَةِ إِلَى الْيَمِينِ ... وَتَارِيخُ أَحْمَدَ
لِلزُّوَافِ رَقْمُ ٣١٦

به في سنة ١٢٠٠ هـ. وروى عنه في سنة ١٢٠٠ هـ. وروى عنه في سنة ١٢٠٠ هـ. وروى عنه في سنة ١٢٠٠ هـ.

١٧ — في سنة ١٢٠٠ هـ. وروى عنه في سنة ١٢٠٠ هـ. وروى عنه في سنة ١٢٠٠ هـ. وروى عنه في سنة ١٢٠٠ هـ.

الملاحظة الأولى: في سنة ١٢٠٠ هـ. وروى عنه في سنة ١٢٠٠ هـ. وروى عنه في سنة ١٢٠٠ هـ. وروى عنه في سنة ١٢٠٠ هـ.

في رواية: في سنة ١٢٠٠ هـ. وروى عنه في سنة ١٢٠٠ هـ. وروى عنه في سنة ١٢٠٠ هـ. وروى عنه في سنة ١٢٠٠ هـ.

الملاحظة الثانية: في سنة ١٢٠٠ هـ. وروى عنه في سنة ١٢٠٠ هـ. وروى عنه في سنة ١٢٠٠ هـ. وروى عنه في سنة ١٢٠٠ هـ.

وأصبح تلك التحارب . . . مرفق الحس قوى لأمر . . . سريح المخط
 لمدونه . . . الكوفة ، وفي مرق عم وفلسه وحكمه . . . بعد في ربي حبه
 إلى الله الكلام يحترسونه وحربه . . . ثم تحول إلى علم الله . . . بعد في ربي
 ونما فيه ، وقيل أن له مؤلفيه سمه لأنه لا كره . . . بعد في ربي عنه تلميذه زفر
 ابن هبيل . . . « كتب في الكلام ، حتى تمت فيه سنة . . .
 في ربي لأصابع » . . . « وروي عنه أنه من » . . . « كتب قد بلغت حفت الخوارج
 من الأربعة و تسع مائة وعشرة . . . « كتب في الكلام فمضى بعده ، ثم عتب
 أنه . . . كل فيه حبر لم يدره اسم الشيخ فحجته . . . معجزة ابن . . . ، فحصب
 فيه . . . ، وقد تبنى الفقه على محمد بن أبي سبيح الأشعري فقه الكوفة ، ولزمه
 وحماد هذا كان شيخ مدرسة الرضا ، ومن سقى إياه علمه ، فخرج عيشه
 أو حقيقه ووجد أرى يوانهم ما عنده من برعه مضطه فكاريه ، فصار فيه حتى
 صار شيخ هذه المدرسة ، ومن استأجره عيشه في الفقه . . . وقد تبنى أو حقيقه
 مع تلمذه عن شيخه حماد عن كتيبة بن سواه ، حبه من أهل الرضا والقيس
 ومع اتعاه أني حقه للفقه ، و . . . هه ثمره فيه علمه سنة كان . . . كل من
 بحاره الحر ، وقد أهد من ذلك عدا كثيرا . . . صفي في لأسوق ، وعرف معار
 في عصره ، وكان ذروة حقيقه ، . . . عيش فسكها في حقه ابن مات في حقه
 لندبور سنة ١٥٠ .

لقد عرض على أبي حنيفة عشاء مريض فسمع وعذب فمض وانضى
 عدايه في ليلة يموت في محسه . . . عرض عليه أن مرة في ربي إلى أمه فرفض
 فعدت لهذا الرقص . . . تشيع لآن أيب عرف به . . . وعرضه عليه . . . فرفضه
 وكرر الرقص . . . تهديده فأنزل . . . « بعد في ربي في أمرات أو . . . في
 الحكم لا حشرت أن عرق . . . حشيه محتجب في من يكريمه . . . ، ولا
 أصبح له . . . « غير أنه طير أنه اتحد أو فمض ديلاً على شيعه ، فقد شهره
 التشيع لآن على روي أنه كان يد كره في درسه . . . وبحبره حتى في . . .
 تلميذه زفر بن أحمد . . . « والله ما أتت بحقه حتى نوصح الخصال في سابق » .

يلزمه طويلاً : لأن أبي حنيفة مات وهو في خمسة عشرة من عمره . وقد حدثته
أمر قيس ، و أتى محدثين . وكان معه دكا ، وقطعة . به أثر في فقه أبي حنيفة
لأنه هو منى دونه في كتبه . ومن أشهر كتبه الستة وهي الميسر ،
والميسر ، والجامع الصغير ، والجامع الكبير ، والميسر الكبير ،
وفها روت آثار أبي حنيفة ودون مذهبه ، وتسمى هذه الكتب صهر الرواية .

ورقم : هو في من حديث (١١٠ - ١٥٨) . وكان أمير نجف أبي
حنيفة في عيس ، وشدهم جدا صريته ، ولا يبق عن من الحديث كاصحابه .
ويروى عن أبي وهو من نجف شاعى له حاد رحل فمائه عن فقه ،
لعراق قال : م مولى في أبي حنيفة قال . حيدم . قال أبو يوسف : قال
لنعمه للحديث . قال محمد : قال أكثرهم بريد . قال هرو : قال أحمد قيات .

٢ - مالك (٩٣ - ١٧٩)

١٩ - هو أبو عبد الله دار لخمرة مالك بن أنس عربي ، ينسب إلى قبيصة
بنيمة ، ولد بالمدينة ، وعاش بها . ورحل عنها إلى سيرها من البلدان . تلقى الفقه
على كبار التابعين وتلاميذهم بالمدينة ، فحدث عن . مع مولى عبد الله بن عمر ، وعن
ربيعة بن عبد الرحمن المعروف بربيعة الرضى وغيرهم . وقد أخذ أكثر دروسه
عن من الحديث ، وتلقى على أهل الرضى ، فحدث عن ربيعة الرضى كما ترى .
وما شهد له شيوخه بالحديث وألقاه حلس بروية الحديث والألقاه . فكان من
جهة رايه للحديث وحفظا متصدا فيه ، وكان من جهة أخرى فقيها مستسطا ،
ولقد روى عنه الحديث كثيرون من العلماء . منهم أبو يوسف صاحب أبي
حنيفة ، ومحمد بن إدريس شافعى . وتخرج عليه في الفتيا والاستفتاء بمحمد بن
أحلاه . ولقد كن مجلس عمه بحس وقار ومهابة . قال الواقدي وغيره : « كان
مجلس مالك بحس وقار وحج ، وكان رجلا مهيبا نبيلاً . ليس في مجلسه شيء من
الراء والاعط ، ولا رفع صوت . إذا سئل عن شيء ، فحدث سائله لم يقل له من

أين رأيت هذا» (١).

ولقد أرسل ولاية بنى العباس بذلك لأمام الجليل محبة شديدة ، فقد صر به
والى لمصور ناسيوط . وقد انفتت الروايات على إيدائه ، واحتلفت فى سببه ،
فنبيل إنه كان لا يرى يمين منكره ، أن من حنط مكره فلا يمين به . وكان
يروى الحديث « ويس على مستكره طابق » ، فنبيل منى العباس أن هذا
يستمتع أن من تابع مكره ، فله انحنط من بعدهم بهذا الحديث فنبى عن
التحديث به . فحدث به على يؤمن الأشهاد . وروى أن سببه شئ عن
امانة الخارحين على الخلفاء ، فنبور فنبه ، فنبول من حرجه على مثل عمن
عند العرب . فنبول اسائل من لا يك مثل ، فنبول دعوه باسم الله من صلب نطام ،
ثم ينفقه من كليهما . ومعها يكن من أمر هذا حرج من المؤكد أن سبب
رأى له قدر رتبة أو وشية بده نيم ، فنبول عنه من مكره صرب ، فنبول ،
ومدت به ، حتى انحنط كنبه ، فنبول فنبول من بعد هذا انصرفت فى رومة
من الدس ، وعو من أمره ، حتى كاند كانت سبب سببه حنبلى من (٢)

٣٠ - وطريقة مالك فى الاستساق أن يأخذ من اسكتاب ثم من
السنة . وكان لا يشدد فيشترط لأحد الحديث أن يكن مشهور كما كان يفعل
أنو حبيبة ، بل كان يأخذ به وبما يكن مشهورة ، وسببه مع ذلك شدة
التحرى عن صدق الراوى ، ولقد كان يقول : « لا يؤخذ العلم من أربعة ، ويؤخذ
من سواهم : لا يؤخذ من سببه ، ولا يؤخذ من صاحب هوى يدعو الى بدعته ،
ولا من كذاب يكذب فى أحاديث الدس ، ويس كان لا تنبه على حديث
رسول الله صلى الله عليه وسلم . ولا من شيخ به فصل وصلاح وعمادة إذا كان
لا يعرف ما يحسن وما يخلط به » (٣).

(١) راجع تاريخ التصريح الإسلامى للأستاذ مرحوم محمد بن حصرى .

(٢) راجع صغى الإسلام حرجه من ٢٠٧ . و لانه ، لأن عبد البر من ٤٣ .

(٣) صغى الإسلام الحرجه ، الشئ من ٢١١ والافتاء لأن عبد البر من ١٦ .

وقد كان يحد ما عيسى . ولكن صدر قسطنطين . وقد اشتهر عنه الأخذ
بمؤمرتين : (أحدهما) عمل أهل المدينة ، فكان ما عليه من أهل المدينة يحب الأخذ
به عند مالك رضى الله عنه ما شاء أساس هذا العمل النقل لا الاحتذاء ، وقد كان
يقول « إن الناس تمنع لأهل مدينة التي اليها كانت الهجرة ، وبها قول القرآن » ،
فان اتفق أهل مدينة على أمر قدم على القياس ، بل على حديث الصحيح
وان كان العمل عليه أكثرهم قدم على لقياس وعلى خبر واحد .

(ثانيا) لأحد مذهب مدرسة ، وهي مذهب نبي الله صلى الله عليه وسلم من الشرع
بمطابق أو لا يشرع دين ، وفي حديثها أنه يمكن ثمة من في موضع ابراع^(١) .
وقد فتح ذلك لأصل ، مذهب حرية الاستدلال ، فكان مذهب مالك مع
أنه في جملة من المذاهب التي تنصك بالأنظر في كل شيء . من أوسع المذاهب
وأرحمها ، وأقربها للناس ، ومذهب لارنس ، باب الأخذ بأصل مذهب مدرسة .

٣- الشافعي (١٥٠-٢٠٤)

٢١- هو أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي يهبط في نسبه إلى
عبد المطلب جد نبي صلى الله عليه وسلم فهو عربي قرشي ، وقد ولد بعمه ورحلت
به ثمة وهو ابن ميتين إلى مكة ، وفيها تزوج وقد ، وعصم في بني الهذيل بمادبة .
وأخذ يتنقل في مكة يرجع لعقيد واحد ، ثم رحل إلى مدينة ، ولارنس
مسكا رضى الله عنه ، وقر عناية مؤلفا ، واستمر ملازمه حتى مات .

ولقد روى بعض الأعمال باليمن ، ثم اتهم بالشيعة لآل علي ، ولكن في هذه
الهمة عن بعضه أمم رشيد ، فهر صاحبته وقد اتفق مدرسة محمد بن الحسن
الشيمازي وأخذ عنه فقه العراق وخلق على كتفه ، ثم أخذ في التطواف في الأقاليم ،
حتى أتى عصا اشير بعدد سنة ١٩٥ وفيها دون مذهبه الأول وكان ثمرة
لدراسته طريقة أهل الحديث بالحجاز ، وطريقة العراقيين ، وتجاربه في

(١) سبيل النصاب برسالة بعض شيوخ في الكلام في المعهود .

الولاية والمطوى في الأثر واصلاعه على معاملات خاص للتحفة، ثم - في مصر، وفيه ينطق دمه في مصر - يرى أولا، فث مذهبه تنلى . وفي هذا المذهب خضعت عن لأول نتيجة لاحتياط قبلا وسير في مسائل كثيرة . وفي الحق ان مذهبه قد جمع حيز ما عد من الحديث من صرح الاستساج ، ووسط ما في مذهب أهل يرى . وقد قل في حجر الزاوي : « ان ادس كايوا في اسقى مرتين : نحب الحديث ، ونحب انرى . نحب الحديث . فكوا عشرين عن ماصرة ، مائدة ، عشرين عن تريف صديق هل يرى ، فما كان يحصل سببه قوة في الدين ، مائة لكتب وسنة ، واما نحب انرى فكنا سببه وجههم مصرى الى بقدر ما استطاعه ربه ، ورتبه فكاه ... شاء شاعى ، وكان عريف مصوص من القرس والأخبار ، وكان عارفا نصوص مقة وشرايع ، استدلال ... وكان قوة في البقرة والخس . فرجع عن قول نحب انرى أكثر ألفهم وناصيه » (١)

٢٢ - وطريقة التمسى في الاستساج مذونة في رسته في الأصول « يحتج بظواهر القرآن حتى يتوه اذيل على ان در دهب غير ماهره ، وبعد ذلك انسة ، وانحد رواية او احد عن رسول الله صلى الله عليه وسلم مادام ثقة ضابطا ، وياخذ كالا مامين السابقين بالاجماع ، ويرفضي الأحد المصالح المرسيه ، والاستحسن ، ولا ياخذ من ثوب الرى لا يفسس . وقد دافع عن ربه بمصاحبه ورافقه وحضر مذهبه وقوة مرة في الخذل والماصرة

٤ - أحمد بن حنبل (١٦٤ - ٢٤١)

٢٣ - هذا هو الأمام الرابع أحمد بن حنبل بن حنبل بن عيسى بن سعداد وعاش بها ، وتلقى العلم عن أهل الحديث ، ودارس الشافعى ، وقد فنى فيه : « حرجت من سعداد ، فما حلفت فيه رجلا أفضل ولا أعلم ، ولا فقه من أحمد بن حنبل » . وقد كان أحمد راهدا ورعا قويا . رثته بحبه سميرت طويلا ، فهو ممن اعتنوا

(١) معنى لاسلام حرة ، أى من ٢٢٧ .

يسمط لأحكام من معدرها، وشاع تقليد صاحب المذهب سبعة حتى تمس قال أبو الحسن الكرخي، وهو من الختمية: «كل آية تحم ما عليه أحد فهي مؤولة أو منسوحة، وكل حديث كذلك فهو مؤول أو منسوخ»^(١)، ولم يعرف أحد أقدم على فتح باب الاحتجاج آخر بعد أن حكموا بغيره إلا الإمام الخوئي والد إمام الحرمين، سدد قابلاً من بعده، أحسدوا في بعض المسائل كان قيمة وابن القيم.

ولما عطلت أبواب الاحتجاج المذهب العقول، وقد كانت بمنفعة، وكثرت حقول في محيط لتقييد الحقيق وقد كانت في ساحة الاحتجاج بمنفعة لأرواحها؟ سبب في ذلك عدة أمور منها:

١ - نصب التلاميذ لأبواب مستندهم من الأئمة عظماء الدين، تدور العصر السابق، وكشفوا حيلت من قبل سيرة عصبه الدافع، وإن يعصب بمكره يحمل الناس على إجمود عيبه، ويتعلق بهداهب، ودعوة خاص لها وتحميدها، وكذلك من وثقت الدين جاءوا بعد الأئمة السنيين، وقد عمو دراسة مدارهم، وبشرهم تلك السير على مواء، واحتجاج كما احتج أصحاب، فوق الناس السابقين وشكروا في أنفسهم.

٢ - القضاء: فقد كان الخلفاء يحذرون لقصة أو لأمر من المحتجين لا من المقربين، وكانهم في تلك العصور تدور حتى هم من مقربين يقيدهم تذهب معين، ويعيبهم الله ما يحكمون على نفسه، بحيث يكفون معروين عن كل قضاء بحيث ذلك المذهب، لأن بعض القصة المحتجين كان يتعرض لتخطئته الفقهاء، فيكون حكمه مشر بعد عند حسن، لا سبب اطمئنان لهم، وحكم القصة يجب أن يكون داعية اطمئنان، لا داعية تنقاد، عظمى الناس على أموالهم وديارهم ونعماتهم، وكان تقييد التفاضل تذهب يرتجيه الخليفة من في شر هذا المذهب، واكتفى أكثر الناس به.

(١) تاريخ التصريح للرحوم الأستاذ الحضري بك.

٣ - سعى الحكماء المسلمين تعبيق باب الاحتياط ، لأنهم وجدوا في استمراره مفوح ما قد ينقص من أمرهم ، لأن العتول اذا اتجهت بحرية الى ما في الدين من حقائق ، وسهوا عن يدعيه ، وحدث من أصوله ما ينقص دعائم يسبها الفالمون ، ويؤسس قواعدا العاشمون .

٤ - تدوين لمد هب . فتدوينها سهل على اساس تناوها ، واسس دائما يضلون سهل ايسر ، دون الصعب العسير ، وقد كان يدفع الناس الى الاحكام في العصور السابعة تعرف احكام حوادث لا يعرفون حكمها ، وشئون عرست لا يدركون أمر اشريعة في شأنها ، وما جاء المحتدين في الأدوار السابقة ، ودوبوا احكام احداث التي عرست والتي يحتس عروص صار الناس كلما عرست لهم مسألة وجدوا لسانين قد عرصوا ، فكنعوا عندهم في شأنها ، فحدث حاجتهم ما وجدوا ، فلا حفر بحفرهم في بحث جديد . وساعد على ذلك ما لا قدمين من تفسير وما يكسبه معنى لوم من احلال ، وما يكون من عداية الأمم تكريم سلبها حاج يرتبط حصرها بما فيها برابط متين .

هذا كله اعترف الناس الى التقليد ، اللهم في تعرف على الاحكام في المذهب . أو رحيح بعض الآراء في مذهب على غيره . وسمى من أوتي القدرة على ذلك وحرره المختب في مذهب .

ويصح لنا أن نتم موضوع تكامه للحق والعسير ، وهي أن الأئمة روى عن كثيرهم - هي عن تقلدهم من غير اقتناع ، ذتهم ، فابو حنيفة وأبو يوسف يقولان : « لا يحل لأحد أن يقول قوما من غير أن يعلم من أين قلناه » . ويقول الشافعي مثل اسي يطلب العلم « لا حجة كمثل حاصب ليس يحل حرمة حطب ، وفيها فني تدعه وهو لا يدري » ويقول ابن حنبل « لا تعد في دينك أحداً » ^(١) . والله أعلم بالصواب .

الكتاب الأول

في الاموال والملكية

المال

١٥ المال في اللغة كل ما ملكته من جميع الأشياء ، فكل ما يقبل ملك فهو مال سواء أكل عسا أم منفعة . وقد اثن الأثير في النهاية : « مال في الأصل ما يملك من الذهب والفضة ، ثم أطلق على كل ما يقتنى ويملك من الأعيان ، وأكثر ما يطلق مال عند العرب على المال ، لأنها كانت أكثر أموالهم .

والمال في اصطلاح الفقهاء قريب منه في اللغة ، وقد اختلفت عباراتهم في تعريفه ، وسكت في اختلافهم تقارب في مرادها ، ولا تتعارض في مفهومها ، فقد عرفه بعضهم بأنه ما يقبل له الطمع ، ويتكسب اذخره لمقابلة الحاجة ^(١) . وفي هذا التعريف مزية أنه يربط بين معنى المال في الشرع واشتقاقه للمعنى ، وفيه نقص لأنه غير جامع لكل أنواع المال ، فمن مال ما لا يتكسب اذخره مع بقاء منفعته كما هي . وهذا النوع من المال لا يدخل في عموم هذا التعريف مع جماع كل الفقهاء . على أنه مال به قيمة ويحرق فيه التصرف ، ومن ذلك أصناف من الأموال أو المحصر ونحوها . وأما من الأموال ما لا يتكسب له لصنع ، بل يدره ويقيم ويبيعه كعص الأداة واسمها ذهب أموال ، والتعريف بصاحبها لا شمولها ولا تدخل في عمومها ، لا لأنها ما من الطمع أي شيء أنه يملك لادخره وتداوله ، وفي الحق إن كلمة يميل الطمع إليه غير محدودة وغير معينة . يراد ، ويجوز أن تذكر في سياق بيان تناسب بين مال وأصله في الاشتقاق ، ولا تنافي تعيين معنى فقهي .

وعرفه بعضهم بأنه ما يحرق فيه الدال ونوع ^(٢) ، وهذا التعريف مع البحري أعظم من الأول وأكثر شمولاً ، وإسكته يشمل المساع . وفي اعتدال المساع من الأموال نظر وخلاف يستبينان فيما بعد .

(١) راجع البحر المحرق . حسن . ونحوه لمدنه جزء الأول .

(٢) راجع الدرر ونحو المختار وحاشيته رد المحتار جزء حسن .

وأحسن تعريف في بصرى ما يقصد صاحب سحر عن الخوى ، وهو أن
المال سم غير الآدمى حاقى مباح الآدمى . وأمكن إقراره والتصرف فيه على
وجه الاختيار ، وهذا التعريف كمال صحيح . وإن كان فيه نقص فهو أنه لم
يشمل الإنسان متفرق ، وهو نفس فيه كمال . لأن الأساس لا يعتبر مالا في
أصله ، وإنما في أثره من بعد . ويحسن رفعه ما استطاع لأسان أن ذلك
سيلا . وهذا أمر مفرد في الإسلام .

فهم يكن من اختلاف بين هذه التعريفات فعبث . وحدة ، واختلاف
يسبب شذوذا عن اختلاف آراء وثاني ، بل هو اختلاف عبارات بين الموضح
والعموم والاشتباه وعدمه . وأمر . عند إجماع واحد ، ولا يفتقد عن
التعريف اللاهوى بل ، وذلك لأن الكتاب الكريم وأما الشريعة جاءت
فيها كلمة المال ، وترك للمفسرين يعرفون ويأمنون . وأضفت على ما كانوا
يجرون في معاملاتهم ، ولم يرد عن صاحب شرع بيان خاص بل حتى يكون
عرفا إسلاميا ، كما ورد في الصلاة والصوم والسيك وغيرهم ، فكأن في
فهمها على ما عليه العرب ، هذا قرأ القرآن حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم .
« كل مسلم على مسلم حرمة دمه ، وماله ، وعرضه » فهو المراد من المال
بالطريق الذي يفهم به كلمة العرض وكلمة النفس من غير رجوع إلى اصطلاح
خاص .

§ ٢ - والشارع الإسلامى لا يعتبر كل مال صالحا للانتفاع مباح الاقتناء
والاستعمال والاستعمال ، بل من الأموال ما لا يباح الانتفاع به لمسلم ولا يجوز
له اقتناؤه وإدارته ، ومنها الحر والخير ، وبالمسلم غير مباح له الانتفاع بهما ،
وملكيته لم ملكية غير محترمة ، لا عرذ على من أنفقها في ماله ، ويسمى هذا
النوع من المال غير متبوع ، لأن الشارع لا يعترف له بقبضة ، إذ لا يبيح

الانتفاع به في حال السعة والاحتياج ، ولا يبيح الانتفاع إلا في حال الاضطرار ،
 كمن لا يجد ماء ، وهو في حال حر شديد يحشى معه هلاكه ، ويوجد حوض ماء
 به ثلث شرب من غير صواب في رابع شهر ، وغير محذور عند الضرورة ، ولا يبيح
 به .

ويسمى النوع الذي يباح الانتفاع به مالا يتقوّم : لأنّ شرع اعترف
 بقدّمته الدنيّة ، ونجح الانتفاع به لكل صرّيق للانتفاع ، وهو محذور مضمون ، من
 تعدى عليه عزم ، وإثره تقبضه ، منه على حسب الأحوال ، وقد نال ابن نجيم في
 محرّه عن الكشف كبير حمده موحدة ووضح أنّه فيه بين تقوّم ومادية ، فقال :
 « وفي الكشف كبير مادية لما ثبت لزوم الدّس كافّة ، وتقول
 البعض ، وتقوم شتّى بها ، وبما حقه الانتفاع به شرعاً ، ثمّ يكون مباح الانتفاع
 به من قول من لا يكون مالا تحقّق حصه ، وما يكون مالا بين من ، ولا
 يكون مباح الانتفاع لا يكون متقوّم كالحجر . وقد عده لأمران لما ثبت واحد
 منهما كالعلم » .

وترى من هدايت النّسبة الزمّ سوءه ، فحين كان تقوّم فلا بدّ من صحته
 مادية . وقد يكون مادية من غير أن يشترط تقوّمه ، ويكون حسنة مالا غير متقوّم
 لا يترتب الشرع له قيمة دنيّة ، ولا يبنى عليه قيمة شرعية ، ولا شتّى فقل
 إنّ المال غير متقوّم مال في عرف مستحله ، ولكنه غير مال في نظر الشرع ،
 لأنّه سلب احترامه ، وسلب القيمة التي سير بها في الأسواق ، ولا انتفاع
 الذي هو الثمرة الأولى من ثمرات المادية .

وقد انتهى على سلب شرع القيمة من مال غير متقوّم أن مقتضاه لا يضمن
 صاحبه اسم شيئاً ، لأنّه غير مضمون . وإذا كان مال غير متقوّم عوضاً في البيع
 أو في أي عقد من العقود لم يصح العقد ، ولم يكن له احترام العقود الواحدة الوفاء

التي يظنها الشرع مجازية^(١)

هـ كثر هذا إما هو حاشي بنسليمين ، أما غير النسليمين فالكل الذي غير المتعوم عند ، يتعمون هم به ، ويتعمون به في دنائهم فقد أمرنا باحترامه ، لأننا مأمورون باحترام كل ما يتدسون به^(٢) ، وأمرنا بتركهم وما يديسون ، والخير والخير عند أهل الأمة موال متعومة لا يحدون عندهم حرمة دينية في الاستماع بها ، بحق عند أن يحترمها ، ودان لم شخص ، أي حرماً أو حراماً وحسب عليه من يحدون له ما أتمم ، وإن تراعى أي التقى ، ثمه يحسن ، ويعتودهم فيما من بيع وشراء ويبرهم صححة محترمة مقبولة . روى أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قد احتج عليه عمر بن الخطاب ، أنه لا إله إلا الله قد نسيكم في الحرية الحرة والخير ، قال : إن الله تعالى قد نسيكم في الحرية الحرة ، ولكن وهو شرهم بينهم ، ثم جدوا انش منهم^(٣) وهذا الأثر من علي بن مريش قدس الله روحه لا يصح مسلم أن يحد من الخير والخير في مكنته ، بل لا شئت به مكنته عليهم ، وأنهم من غير المسلمين بل يتوه . اعتود عليهم ، لأن مكنتهم لها محترمة

٣ وهل يصح التماس ما لا متعومة ، جـ في التحدي لمدينة نه ما من سير متعوم إذ لم يحد في ضمن تعريف ما المتعوم . فقد جاء في مادة ١٢٧ من مضمونه . « المتعوم سبعة في معيين الأول معنى ما يباح الاستماع به ، والثاني معنى

(١) ويكون سبع أصلاً وكان من غير تعوم قد من أن يكون . جـ في حد ود كان آخر ملاحمة من كتب ود في مدته من أن يكون معاً ، فيطيل ، وأن كان مقابلاً لا يصح أن يكون كما كان بعد ذلك .

(٢) ما ذكره من حديثه في حديثه وأما ما ذهب إليه رضي الله عنه ، فهو أن ليس ذلك من أي حرر أي لا حب عليه احسان ، وذلك لأنهم ما وعيهم ما عيا في حب من جوامع المتود والأموال وأحكامها نسب في حقيهم ، وذلك ما لا غير محترم عند ، فهو عدم كذلك ، ووجهه غير طاعة أن أمم تركهم وما يديسون ، ود كانوا المتعوم في مثل هذه الأموان الحق ، ووجهه على عدم ما يده ، ولم حرماً . فقد أضافنا بعيداً ولم تركهم وما يديسون ، وذلك غير مقرر من قواعد الدين ، وبطريق البرقة

(٣) المراجع لأبي يوسف ص ١٥١ ، وفتح القدير جزء الخامس ص ٣٦

للإل المحرر ، فاستث في المحرر غير متقوم ، وإذا اصطيد صار متقوما بالاحرار .

وقد تمتعت المحبة في هذا صاحب الموضع ، فقد جاء فيه « ان التقوم صرنا عرعى ، وهم بالاحرار ، فغير المحرر كحبيد والخشيش وغيره ليس متقوما ، وشرعى ، وهو بابحة الاسماع به » (١) .

ومن هذا ترى انه جعل الاحرار سببا للتقوم ، كما حصل منحة الاسماع سببه . وقد جعل غير المحرر كحبيد والخشيش وغيره من متقوما ، وعلى ندى دونه ان ذلك هو عدمه من مدحت ، لا لاف ، وهذه صحة العقد عابا ، فكان ذلك دليلا على علم تقوماها .

وسبب زاهل الأموال منحه ، اعلمه هو أموالا متقومة من دم الشرع قد منح الاسماع بها ، واحترمه مسكبه من سبق ايم واسموا عيب ، وإذا صرنا هذا اصرا لا تعد أموالا غير متقومة ، لأن الأموال غير المتقومة لا يجر لشرع مسكبه ولا يحترم ، ولا منح الاسماع بها . وقد عدم من منح ماله ، فلائنه لا ملك له ، وانصب ان يكون ملكا منحه ، وكذلك عدم ورود اصرفات شرعية عليه ، هذه ملكة المنصرف ، ولأنه حق على اشركة الطمينة منحه للعموم وتركه للمدس يتساقون في احراره والاستيلاء عليه ، وبالأحرار يدخل في الملكية ، وسبق به كل حقوق الملك المحرر .

ومن أحسن ما قيل في المنح ما جاء في شرح المحبة للعري في « اشركة في اسماح : « قال صلى الله عليه وسلم المدس شركة في ثلاث : المدس ، وكلا ، وسار ، فما يسبق اليه حور من هذه ، فهو باق على أصل الشركة ، وما حرر من ذلك عما يباح من ومسا ان الاحرار لأحد يكون ملكه ، يورث عنه

(١) وقد جاء في البدائع في كتابه انفس ما يقيد بحدوده فقه صاحب الموضع . وقد في كتف الأسرار على أصول غير الاسماء المردوى من ما جاء في الموضع أيضا ومن أدبهم أن المنح ليست له قيمة قبل احراره .

ويصرف فيه استقلالاً على نحو التصرف في الأملاك خاصة ، وكل شركاء
المذبح أحد أو أحد منهم حصه منه يسعى ويعدل ، ويعدل وانفصل عنه
يكون مصلوب من نفسه ، لا من رذقه شركاء : لأن وظيفة حضانة العامة
العمل ^(١) اهـ .

٤ — وتقسيم المال في الشريعة إلى متقوم وغير متقوم له نظير في القانون ؛
لأن من لأهل ما يحرم دون العقوبات فبها وأحرازها وبعد أحرارها
حرمة لا في أحوال شائعة ، وهي مواد محرم بدول ، وكل من استولى عليها
في غير أحوال استثنائية أي طارئة من طرق الاستيلاء لا يعتزم يده ، ومن
أنتها في هذه حال لا عقوبة عليه ، وفي مبدئية حمة من وضع يده عليه غير
مسوخ من قانون ، فهذا النوع من الأمور يعتبر غير من غير الممنوع في الشريعة
مقدراً ^(٢) له في معنى ، لأن دون العقوبات لا يعتزم ملكه في هذه الحار .
فكانه سلب قيم من محررها ، ولا كفى قانون في سبيل تحريم بهذا
ما فيها من ملكها ، بل يجعلها سم في الغالب الأبرار له ، ويرمى إلى ربحه .
ومما نك من فارق في الأعسرين نصر الشريعة الأموال المحرمة فيها ،
ونصر قانونها فلا شئ به سوى ما من نصف مواد المحرمة قانوناً بأنها من
غير متقوم في يد من يستولى عليها من غير مسوخ قانوني للاستيلاء .

٥ — وقد نرى الكلام في خمسة أمور في نصر فعاد الشريعة
بعرض مذهب تعتبر ما لا متقوماً له لا تعتبر كذلك ؛ قال الشافعي ومالك ، أما
أمور متقومة مضمومة ، وأما على ذلك :

١ — أن المصع يمين اليه ، ويسعى في اعتدائها وضامها ، وتنفق في حبيبها

(١) حرمة من ٣ .

(٢) لا ينبغي أن يحرم إلا ما هو من غير متقوم في الشريعة ، لأن غير متقوم
في الشريعة لا يعتبر في نصرها مالا قص ولا كان يعتبر في نظر الناس أو بعضه مالا ، وأما
أنود محرمة في قانون العقوبات فهي غير مالا في نظره . ولكن عدم حرمة ملكها
تحررها ومع شواها ، وحد جزية ، وردت من يمين الناس ما لأحد واعتاده هم .

الأشياء ، وتقسيمه في سبيل يقين لأشياء ورخصه .

وبالمصحة في التحقيق تقوم تدافع الأشياء لأبوابها ، فالدورات لا تغير
أموالاً إلا بتدافعها . فلا تقوم إلا بتقدير ما فيها من منفعة ، وما تشعه من حاجة
منفعة ، وكل شيء لا منفعة فيه لا يكون مالاً ، وإذا كان الشيء كذلك
فكيف سبب لخدمة وتقوم عمل كل سبب ، ومساوئها وتلعب في وجهه
في الذوات والأشياء .

بـ وان اعرف العالم في الأنس في ذاته مالات لادية يجعل المانع عرص
، ومتجرأ يتجر فيه ، فالحايات والأسواق . ولست في تعد الاستعداد
سككها . انما تجد في تدافع متجرأ ومستعداً تدور على تصاحب البدر الوفير ، فس
عند على أن اعرف عدم تدافع شيء في لا معنى

جـ والشرع الاسامي اعتبر المانع أموالاً ، لأنه أحرأ أن تكون مبرأ في
برج ، ولا تكون مبرأ في البرج . لا انما ، كما قال الله تعالى « وأحل حكم
مأمره ، كما أن سموا ، مؤمكم بمحسين غير مدحجين . فاعاق اللهوا ، على
حور أن تكون لخدمة مبرأ دين على اعتدله مالاً ، ومن اعتبرها كذلك ،
فهو متناقض في آرائه .

دـ وعند ورد اعتمد عليه في عدم مضمونة به سواء كان العقد صحيحاً
ومصد ، وصبرها دليل على أنها تكون مالاً ، اعتد عليها ، ولو لم تكن أموالاً في
دنيا ما قبله عقد مالاً ، لأن العقود لا تنب حقائق لأشياء ، بل تقرر خواصها .
وعال الخصمية ان المانع يست أموالاً مضمونة بنفسه ، وانما تقومها باعتد .
وقد اسدوا على ذلك بأن صحة اخدمة للشيء ، لا تمت إلا بالتقول . والتصور صفة
الشيء ، وأحراره ، وهذا لا يتصل من يمنع شيء . مسبباً له انه معمول له ،
ولا قال لمن يأكل شيئاً انه معمول ذلك انما كقول ، وإذا كان لتقول كذلك
فما ساف لا يمكن تموض ، لأنه لا يمكن أحراره ، يد أنها لا تنق رامين ، بل
كتب هـ بعد آن ، وبعد الاكتساب تلاشي ، وحتى فلا يبقى لها وجود

وإن هي ليست كذلك ، لأن ما يده بالقول ، كما ذكرنا وكما ستبين من بعده عن صاحب البحر .

وإما في حق كسبه معذوبة ، ومعذوبة لا يصدق عليه اسم الله ، ومعذوبة كسبه لا يمكن حراره ، ونحوه من أمثاله ، (أحرار ليس غير غير حرار) ، مما لا يتصور ، كما عهد في أمثاله ، وحاشش في كلاً (١) ، وإذا كانت له مع حق له وجوده ، لا يمكن حراره ، فهي ذلك لا يمكن أن تعتبره لا متفوقه .
هذا كما تبين في دأبه وفي غرضه ولا تعتبره مالا متفوقاً ، ولكن ورد النص ، وحرى المعروف لعدم أخره وما شهب من عقود التي ورد على مائة فتوالت بهذا النوع من عقود استحباباً وعلى غير عيس ، وما عهد على غير عيس يقتصر فيه على مورد النص ، لا معذوبة ، ولا شجوره في بيده .
كانت للمنافع مقومة ، وبست مقومة (٢)

وسكن إذا كانت منافع من أموال متفوقه وكف تحرى عليها التصرفات الشرعية التي أحبت استحباباً ، وكيف تحرى التصرفات الشرعية على معذوبة ، لا وجود له ، وإن وجد ، فلم يفي في أمثاله ، لأنه لا يخرج عن أنه كسب للشخص ، وليس بوجود قائم دأبه ، وقد أحبت عن هذا صاحب التلويح أنه ، وإن لم تعتبره مالا تعتبر ملكاً ، لأن ملك لا يقتضي اوجود ككلاية ، إذ هو القدرة على التصرفات الشرعية ، ولا شك أن ثبت يرد على المنافع «جامع الفقهاء» وهذا نص واضح في التلويح : « والتعقيق أن امعة ملك لا مال لأن ملك ما من شأنه أن يتصرف فيه بوصف الاحتصاص ، وأما ما من شأنه أن يلحق بالاستماع وقت الحاجة » ثم أن العن قوله مقدم .

(١) هذا حكم مني على ما سجد لا غير متقوم ، وقد يد رأيه في ما .

(٢) قد اقتبسنا ذلك الخلاف ونلك الأدلة من كتب الأصول فقهاء الاسلام المعنوي ، ونسبوا والتجدي على سحر سكر الدين من لهما ، وشرح التار في الأصول لأن ملك . وحاشية الأمدى على مائة الأصول . ومع أن المنافع لا تعتبر أموالاً عند احبيه قد . . . غير عقد في الوقف ومالك البيت والأعيان المدة للاستعمال .

وقد ادى على هذا الخلاف بين شئى واحدة فى حقيقة شئى ، هى
من أم غير من خلاف فى فروع كثيرة فى بعض مسائل انصاف والاحدة
لأمة بذكرها فى مواضع ان شاء الله تعالى .

الفجى والمثل

٦٥ اسمى ستة من لقيمة ونش ستة الى مثل ، ويطلق لثلى فى
شئى على الأموال بحدود . ككلى ، مقدرة ، وأعداد (١) مقدرة
التي لا تفاوت بين أحدها ، فمساوية لا يحدده فى نص الحار ، فمساوية
اسمى أن أحده لا تفاوت بين كلى ، وصفته لا يصره النقص ، فمن
أرد أن يشتري مائة أردت مائة ، عشر من حسب ومائة ، لا يصره أن يشتريها
على صفتين أو صفعة واحدة لأن السخرة لا يسير أحاد الكميات
ولموروث ، ولا يختلف سعره فى حرانها عى فى مجموع .

والقيمة لا يحدده ككلى ، وأورد ، ومن عدده متساوية ، فمساوية
بين أحده تفاوت كبير عندده بحر كالحواى وغيره . ومن القيمة الأشياء
التي تعرف بالقياس ، وهى المسألة بالمروعة ، وكانت هذه قيمة للتفاوت بين
أحدها ، ولأن محروقة نصرها ، فمن يريد أن يشتري أربع أدرعة من مقيس
لا يصره أن يشتريها بمائة . لأن قسمتها وهى ذراع واحدة غير قيمتها فى ضمن
بلاش أدرعة .

وقد عرف قسرى شافى مرشد الخيران بنلى بأنه « ما يوجد له مثل فى
لمتحر من تفاوت يحدده ، ومنه العدديت التي لا يكون بين أرواها

(١) جاء ذكره فى بعض العدديت بين بعض منه عن الخلاف . ولقد قال من العددي
بعض قيمة بالألاف لا منه . وسئل على ذلك من العدديت من يتب مماثلة أحاده بالنس ،
بل بسبب الأحكام وهذا لا يجرى فيه إلا خلاف . ككلى وحوروف من ثلثية بين أحاده يتب
بالنس . وإذا كان العددي كذلك تفقر معرفته مثله قطعا . فيصار الى القيمة (راجع الرابى فى
باب النقص) .

تفاوت في القيمة ، وعرف نفسه « ما لا يوجد له مثل في المتجر ، أو يوجد
لكر تفاوت في القيمة ، ومنه المفردات اشتغاته التي بين أواردها تفاوت في
القيمة »^(١) . وهذا تعريف لا يحوز من سامع ، لأن أصناف شيئا لها مثل في
الأسواق ، ويعتبر الوصف ، بل من أجل اسم فيه ، ومع ذلك لا تقلد من
المثليات ، بل تعد من التسميات ، و« كان وجود بصير في سوق كافيا لاعتب
المثل مثليا ، لكات هذه تسميات ، لأن هذا ضيرا في السوق اعتبره اشباع بصيرا ،
ومع ذلك فهي قيمة »^(٢) ، يضمن منتهى قيمة لا مثله ، وقد من انقضاء اعتبار
قيما مع امكان تقديرها بوصف غير معين ، ثم يصيرها سمع ، ولأن
يصرها كانت القيمة هي حكم في معرفة نسبة أصحاب

والمثليات منها تقود ، ومن غير معد ، ولدبير واحد من التسميات
ومثلا ، الخصيات واعتماد بحرية في عنصر احص من التسميات ، وهذا مع
يسمى ثما ، وغيره سمي مثما ، ونقد - نقد من بين سائر الأموال ثما ، مجاز
ومقدس يقاس بها مقدار قيمة الاشياء ، وما فيها ثم يشيع حجاب الناس ،
فالدرهم والدراهم يس فيها يقع ذاتي ذنم ، لأن ثما لا تشيع حجة . وكما
دراهم ووسائل^(٣) ومعدلات بحرية في الاشياء مشعة للحاجة .

ولأن النقد لا تشيع حجة بحسب ، ولا تنفع بذاتها ، بل تقاس بها مالية

(١) مادة ٣٠٥ من مرشد عدل ، ومن هو يعرف به في مجلة عدلية في ١٩١٥

١٤٥ و ١٤٦ .

(٢) في فتح القدر ، وحاشي ، وهو اعانه في باب علم بصير في باب
قيمة لا منتهى قصص قيمتها ، ولكن في قيمتها لا يمكن معها تدوير ، والوجود
ظهور في سوق ، وثما في أرمز لا حيد كات يصعب لأمدى لا ثما ، ولم يكن ثما
بين أعدادها وأحزابها ، وبما صحت بحسب ، أم في هذا غير وهي صعب لا ثما . وثما
بين الأعداد ، يصح اعتبارها مثما .

(٣) و لكن سرور الأحناء ، وجد عطفه لأصحاب من صناع صاروا هي عرضا مظهر ،
وهذه مقصودا ، وحاشي . كنه من اسس عند مدادة بحسب في ادجاره وحسب ، وصار كات
وجودها من مدية شح حاجة ، و عه مسكة ، وسجل بحسب لثوب .

الأشياء كانت في عقود معاوضات أنما دائما ، ولا تتعين في عقود بتعيين^(١) بالاشارة ، بل تعرف بالأوصاف ويجب أداء ما شمل على هذه الأوصاف ، فكانت نائفة دية في الدية ، وإذا كان عقد معاوضة بعد فقد قال الفقهاء انه مع ديس بدس ، وسماه صرفا ، وكان دس بدس ، لأن كلا العوضين من طبيعته ألا يعين بالتعيين ، بل يثبت بأوصافه في الدية .

فما فيه اشياء ، فقد ثبت بأوصافه ، فتكون دية في الدية ، وقد تعين ، معين ، فلا يكون دية في الدية ، بل تحت تعيين ، لا بأوصافها .

٧٥ ومهر لكل من فرق بين العقود وسائر المشتريات ، فمشتريات كلها تقدر على قيمتها بأنها ثبتت دية في الدية ، إذ يمكن ثبوتها بأوصاف ، أما قيمتها فلا ثبت إلا بتعريف ، ولا يمكن أن تثبت بأوصاف^(٢) .

وسكن . الدية التي ست فيها الديون أقل الفقهاء انها أمر معصوي فرضي حموه محلا لاسب العبود والديون ، ولذا عرفه صاحب البحر في أول كتاب مع أنها أمر شرعي مفتر في الحق بقول الأثرام^(٣) . وقال العرب عند اسلام : هي معنى مفتر في المحل يصنع الأثرام ، والأثرام^(٤) .
والعرب منعتهم في الأثرام المعنى ، ومروهم أن الدية يست سوى أمر

(١) سمي من ذلك بعض العقود ، ومن ذلك دية ، وخرس ، جمع أصوات فخر الاسلام للبرقوي .

(٢) أي أنه عرف من سبب في هذا معنى متروك ، أي جوار فيها السلم ، لأنها يصح له أن يصر دية في دية ، وهذا كالمشبه الذي في هذا المعنى ، وإن لم يكن . في نظر فقهاء في جملة وفي كل الأحوال ، بل قد يكون مبنيا في بعض الأحوال فقه .

(٣) والدية الدية في الثمن هي مجموع ما للشخص وما عنه من حقوق وديارات بالية ، فهي تسكون من عصبين عصب احسان ، وهو مجموع حقوق ، وعصب سبي ، وهو خروج الأثرام (راجع علم أصول الفقه لأبي بكر) وهذا تعريف في حقه قريب من تعريفه في غيره .

(٤) جمع حش حش الأثرام والمعدن وحش حش محمدي .

معسوى فرضه فيها، تحس أرباحا، ويرود ذاتها^(١)

٨ . ويبت التفرقة بين القسمة ومشتات متصورة على أن هذه تثبت دينا في السعة وتثبت لا تثبت ، بل من المروق بسبب أن القيمي يضمن نفسه والمثلي يضمن بمثله ، فإذا تعدى شخص على من غيره فأنه ، وإن كان مثبا ضمن مثله ، وإن كان قيميا ضمنه قيمه ، وذلك لأنه «تعدى كل واحدا أن يعرم للمعدى عليه بما يرفع أثر الاعتداء» ، ويعطى عنه ذي الأنلاف ، وذلك يستحق على وجهه لكامل إذا عوصه عنه ، أمكن المثل ، وإن صدر عليه أن يدفع إليه المثل وحث القيمة ، لأن المثل المثل المثل المثل ، وكانت المثليات ممكنة تعويضها بأمثالها كان أو حب عند التعدى عيب مثبا ، أما التسميات فتحب قيمتها تعدد وجود من مسا من غير تفاوت كبير ، فصرنا إلى أن المثل وهو القيمة . وعلى هذا أكثر الفقهاء^(٢) .

وقال بعض من نفاة القياس ، أنه عند التعدى تضمن نفسه مضمنا : لأن حق التعدى عليه متعلق بعين الشيء المنكوب ومقتضى وقد تعدد رد عيبه لثلاثة ، فوحشت أدلية وهي قيمة الشيء ، وقيمة هي المعية له .

وقد لحص هذا الموضوع الأرمري في حاشيته على مائة لأصول فقال : «أنما كان البصان للمثل كاملا . لأن الأصل في صون العدوان هو الضمان في المثليات ، لأن حق المستحق ثابت من كل وجه ، فلا يصر إلى مثل معي فقط ، وهو القيمة إلا عند الضرورة ، ولا ضرورة ههنا لوجود من . وقال قوم من نفاة القياس ، أنواحب على انعاصب رد القيمة مطلقا ، لأن حق المالك في العين ولما ية معا ، وقد تعددت العين فتحب الدية ، وما ية الشيء فيمته ، أحصح عامة الفقهاء بقوله تعالى : « من اعتدى عليكم فاعتدوا عليه مثل ما اعتدى

(١) سبب الدية و اختلاف في شأن عند كلام في الأهم .

(٢) قال : «إنما إذا أحب شخص فما آخر عوصه بقي من حده قيمة معسوى قيمة المنكوب جمع العلة ما أمكن

عيناك . ٥٠ صرح . من ، والمصدر هو انش صورة ومعنى : لأن المقصود باعني
 عن حبه ، وذلك أنهم في المثل ٥ (١) .

وإذا انصرف المثل واستمع من الأسواق كتب بكتاب عدده ، وانقطع
 به رده في الأسواق لعارض حر - أو بحره ، وحت فيمته . لأن التعوير بالمل .
 وهو لذة . سكامل بعد فيتحد في مصدر ، لأنه ممكن ، ولا تكليف
 أكثر مما في دائرة الامكان (٢)

هذا وبين انش و يسمى فورد كنه في حكمه كثير من عقود . كالقسمة
 ومع وعيها . في قسمة لسمى لا يشل اقسمة حبر وانش يتلها وفي البيع
 ان يكون عقد ومحل للبر . و يسمى لا يكون كدث

٩ - وقد وجد في غير ما ذكر من انش حكمه الأساسي . المقدر
 يمكن أو الورب أو المبرع ، وأكثر ما تكون تلك الأحكام في البيوع ،
 وحسن ما تشره . تلك المقدرات في القانون المدني أهم بحري فيها انقاصه

ولقد مرص الأسناد الدكتور السبوري في كتابه أصول الفوائين
 هذا التقسيم فقال : « عيني ما لا تعدد أحاده . مثل منزل وفس معين ويتعين
 بتسميه أو الوصف . والمثل ما تعددت آحاده وقد بعضها مفاد البعض الآخر مثل
 العسل والقطر ونياب والبعض ، ويتعين إما بالكس كالللال ، أو بالنون
 كالمظن أو بالسرع كالتياب ، أو بعدد كالعص .

ونقرة انقسام تعبر في وجوده بحسبه من (١) انقاصه : قائم لا يكون لا
 في انش (٢) وهلا لتسميت تكون على اشتري بعد التعيين ، ولو قبل التسمي ،

١ . حبه لأربري حره الأولى في ب لأمر .

(٢) قد حاتف فضاء الخفية أنتم قسمة سبي بحرم يوم وحب في الذمة أم يوم المقصود
 عن لأسوق أم يوم خصومة للحكم بالصلح والانساع . قال الأول أبو يوسف وقال الثاني
 محمد وقال الثالث أبو حنيفة ، وكان وجهه .

« هلاك التميميات فلا يكون على اشترى لا بعد السلام »^(١)

١٠٥ **العقار والمنقول** تنقسم الأموال في الشريعة إلى عقار ومنقول ، فاعترفت لا يمكن نقله ونحوه ، ولقول كل مال يمكن نقله ونحوه ، ولو معبر صوته كاساء والعراس : وذلك قرر الفقهاء أن العقار لا يشمل إلا الأرضين^(٢) ، سواء كانت راضي مراعى أم كانت بساتين أم غير ذلك ، ويشمل المنقول ما عدا ذلك من الأموال ، مع أن من أنواع المنقول ما لا يحكم به بعد تبعه وهو الميراث والعراس ، فهما يدخلان في العقار تبعاً في بعض المقتضيات الشرعية ، لأنهما متصلان به اتصالاً قرا وبسبب ، ولا حاجة إلى اتصال به ، لادخالهما في ضمن ما يشملُه العقد .

وفي مذهب مالك رضي الله عنه : العقار يشمل العراس ويشمل الميراث ، لأنهما متصلان بالأرض اتصالاً قراراً^(٣) ، لأنهم قد بينوا غير قائلين بالتميز وهو على شككهم ، بل يتميزان فتنحول العراس إلى أخطاب ، والميراث إلى أرض ، وهذا السبب يكفي في اعتبارهما سبباً كالأرض .

ومذهب مالك قريب مما جاء به القائلون المدني الأهلبي والمختلط والبرسي ، وهذا نص ما جاء به القائلون الأهلبي في مواد الأهلبي والثانية وثلاثة : « (١) تنقسم الأموال إلى ثلثة ومقتوله (٢) الأموال الثابتة هي الخثرة حصّة الاستقرا سواء كان ذلك من أصل حاقبها ، أو نصيب حديق ، بحيث لا يمكن هبتها بدون أن يعتز بها حسن أو تلف ، وكذلك الحقوق المعينة بمعقده سبب الأموال (٣) ما عدا ذلك من الأموال بعد مقتولا »

وترى من هذا أن القائلين المدني يتنصب حداً في نظره إلى حقيقة العقد

(١) هذا ما ذكره الأستاذ الكبير ، والجزء الأول من كتابه لا خلاف فيه ، والثاني موضع نظر وتحقيق ، فليراجع في مصادرهم .

(٢) راجع فتح القدير في الوقت جزء الخامس .

(٣) راجع الشرح الكبير في باب النعمة .

والمقول من مذهب مالك ، وإن كان الله من يتوسع في معنى العنار وحيثه
 كثير ما يتسع له مذهب ذلك الإمام رضى الله عنه ، وسشير أن ذلك في يأتى
 من آثار هذا التقسيم في الشريعة والقانون .

١١٨ - وقد كان تقسيم الأموال في عقوبات ومقولات آثار في
 الأحكام كثيرة ، جعلت لكل قسم أحكام يختص به ، وقصوفات ترد عليه
 دون الآخر ، فاعتد برده من مصروفات ما لا يرد على المقول ، وبعضه يعود
 فيه آثار يست في المقولات ، يذكر من ذلك أمثلة :

١ - وشعنة مثلاً لا نسب أثر يتبع إلا في العنار ، ولا تمت في مقول
 إلا إذا دخل في العنار به ، ، إلا في حق المبيع مع حق السبل والعكس وم
 تمت الشعنة في المقول في سب هذه الأحوال الأعد الإمام مالك رضى الله
 عنه ، فقد أثبت في السبل^(١) وتقرر امتصه بالأشجار وروى عنه مع اختلاف
 فيه لشعنة في أحرة الأراضي ليس به ودور السكنى وإسادة^(٢) .

ومما يمكن من فهم هذه الأقوال في ذلك المذهب ، وجوب من الفقهاء على
 أن لشعنة لا تكون إلا في العنار على وجه العموم ، ومقول في بعض أحوال
 قليلة جداً .

٢ - أن العنار يصح وقفه ، جميع الفقهاء الذين أقاموا بحوار الأوفى
 ورومها ، أما المقول فلا يصح وقفه إلا بما يقدر أو يكون قد ورد لصحة وقفه
 تر ، أو يكون قد جرى به عرف مشهور على ما أفنى به الإمام محمد رضى الله عنه
 وهذا كله في مذهب الحنيفة . أما مذهب غيرهم من الأئمة ، فقد أجازوا في
 اجتهاد وقف المقول ، وإن اختلفوا فيما بينهم ، ما بين مضيق وموسع .

٣ - اعتبار إذا كان مساع صبح المصروف فيه قبل قبضه عند الإمام أبي

(١) قد أثبت بعض الفقهاء في الحركة في كل شيء . عند مالك والشافعية
 ذكر هذا القول في بداية المجتهد وبها . سدى . له . ح . فيه . وحكى عن قوة أن شعنة
 في كل شيء . ما عدا المكيل والموزون .

(٢) راجع بداية المجتهد ونهاية النسي .

حقيقة وفي يوسف رضي الله عنه وحده محمد و شافعي رضي الله عنهما ، ومما
التصرف فيه قبل انفس ، وإنما استدل فلا يجوز تصرف فيه قبل قبضه ، حتى
على مذهب الإمام وصاحبه ، لأنه قبل القبض على حظر إطلاق ، وإذا ثبت نص
بمع امري كان أساساً له ذلك المذهب . فكل هذا التصرف محتملاً للإطلاق ،
فكل من لاحظ إطلاق الأمر ان حين انفس ، صوب للعود عن الإطلاق ،
وابعاداً للتصرفات عن احتمال الانقضاء .

د - عند بيع مسمى أموال المدين (على قول من يحرر مذهب الجمع من
الثقة) يسد في البيع بالمفول ، وفي ما يب تأييد بعض ان لعدم ، ويستأن من
مفول لا يخشى عنه سبب ثم قد يكون معاً بمرح . لكسب كهر وخص السج
ثم يكون البيع في سائر المقولات .

هـ - ليس لأوصي بيع عذر المحجور عنه بمفر أو عنه أو سه أو حو
لا عند وجود حجة دافعة كإيد ، دين ، أو مضجعه راححة ، أو اضطراب كبر
ثالث في سلب المدفع العامة ^(١) ، وإنما استدل بصدقه سابع من سير قصد إلا قدما
واحد ، وهو أن يكون للبصر المدحه وقد ، كل الأمر في ذلك في نظر البص
وحسن تقديره .

و - وحقوق الاتفاق والحوار لا تتعلق بالمفول ، بل تتعلق بالعقد على
ما سبق ان شاء الله تعالى .

١٢ - وقد كان تقسيم الأمور الى ثقة ومقبولة آثار في القانون المدني
واسعة النطاق ، نذكر منها قليلاً :

- ١ - فالعقد من حيث انتقال الملكية لا يستل الا بالنسحين ، فيما
المفول لا يحتاج في نقل ملكه سواء أكان هبة أم بيع أو تسجين .
- ٢ - والعقد لا تمت بوضع اليد عنه بسد وتحسينه - ملكه فيه
الا بعد مضي خمس سنوات فيما لم يتم تمت الملكية فيه بوضع اليد في الحال

(١) راجع كتاب معاملات الأساسات حسن الآدم شيخ محمد راجع ك

الافى حالة السرقة أو الصياح^(١) .

٣ — وأمره التامى وحق الاحتصاص لا يكمن إلا فى القدر
ولا يكمن فى استولى^(٢)

٤ ومن جهة قانون المرافعة ترى ثمة بفرقة بين معتد والمقول ، ود
كل موضوع البرع عداً ، وأما متعلق به كانت المحكمة المختصة هى المحكمة
تلقى فى دائره ذلك القدر . أما فى استولى فكانه لا يعين الاحتصاص
ودعوى رفع التعرض واسترداد احديّة ، ويوقف العمل الحديّد تتعلق « مع
دون المنقول »^(٣) .

ونمة ثمرات كشيّة بتفسير الأموال الى عدد ومقبور ، سكتنى بذكره
ليكون دليلاً على ما لم نذكره .

١٣ هذه وعده من ثمرات التسميم ان عتد ومقبور فى القديون ،
غير أن اعتبار فى القديون نعم وأشمل منه فى اشريّة ، ويحق به فى أحكامه فى
القديون ، لا يحق به فى نظر اشريّة . فحق فى القديون يشمل

١ الأموال الثابتة بطبيعتها ، وهى الأراضى كالثروة والمستغلات والاعداد
فعل استحقاقها ، والأحجار قبل قطعها . ومن هذا التسميم الأشجار المعروسة التى
لم تنصل عن الأرض^(٤) ، « والبساتين » ويشترط فى البساتين المعتبرة ثباتاً أن تمتد
حدوده فى الأرض فلا يعتبر ما لا ثبات البساتين الذى يسوى فى الأوعية ويعتبر البساتين
عتداً بطبيعته ، وإن كان زرعه فى الأرض مؤقتاً . ولا فرق فى اعتبار البساتين

(١) مادة ٧٦ و ٨٦ راجع فى هذه كتب لأموال الأستاذ الكبير الدكتور محمد
كامل مرسى بك .

(٢) راجع كتاب الأموال .

(٣) راجع كتاب الأموال لأستاذ جلال كامل مرسى .

(٤) راجع شرح القانون المدنى للمرحوم فتحي وغلول باشا .

عقاراً بين كوبر برع هو ملك الأرض أو مستأجره ^(١) وإذا قطع النبات انفصلت عنه صفة الثبات ، وصار منقولاً .

ب - من المدي يال صفة الثبات صبح الأساس ، وهو كل منون حصه الأساس لصفة ثمة أو مرجه بالأرض حتى صار متصلاً بها . فيتحول بهذا الصبح إلى عقار ، ومن ذلك صواحين واسواق ، ومحاري المياه ^(٢) .

ج - الحقوق المنفعة ، عقار مباشرة كالرهن ، الامتياز والارفق والخدمة والاستعمال والسكنى ^(٣) .

د - ما يخلق بالأموال شئمة من كل مفهوم حصص لخدمة العقار ، و شئ من هذا القسم وعين أحدها اناشية آلات ابراعة مخصصة بها للمعكة لصاحب الأرض ، ويظهر آلات العمل ان كانت ملكاً لصاحب العمل ، وهذه المنقولات لا تنحو ، عقار إلا في حال واحدة وهي حال الحجر عيب ، وفيه لا تخور الحجر عيب مفردة عن العمد المخصصة له ^(٤) .

١٤ هذا صرود موحراً تشمله كله العقار في القانون ، وهو يحقق ،
وذلك كل - أن مسمى ثبات في القانون واشترطه ناسمة للعقار والمنقول ،
ووارث بينهما في هذا ، فلا شك أن يرى رأي القنوسيين في اعتد كل من
يصير ثباتاً لصبح الأساس ، ويخرج الأرض مرحة بقطيعة صفة القرار والتثبت -
من نوع عقار ، لأن من بيع المنون ، وذلك هو نظر المدعية فهم يصرون كل
ما يصبص بالأرض انتمال قرار وثبت كالماء والعراض من العقار ، ويعتد به
كل أحكامه .

(١) راجع كتاب الأموال للأستاذ الحليل كامل موسى بك .

(٢) شرح - قانون مدني

(٣) شرح القانون المدني .

(٤) شرح القانون المدني .

العلاقة بين الإنسان والمال

١٥ ذكر، أن المال لا يصير مالاً إلا بتحويل حسن . لذلك كانت علاقته بالأساس هي التي تعطيه خواصه لمالية ولشرعية ، وعند قرر الشارع الإسلامي تلك العلاقة ، وبسبب شرائعها وتفاصيلها ، وذلك لعلاقة مقرونة في الإسلام ككل الشرائع هي تلك ، وهو معنى سبي يترض تعيين النسبة بين مال والاساس ، كالأثوة والسوة ، والتمتع والتأخر ، فكل هذه أمور نسبية تعيين حسب بين الأشخاص والأشخاص ، والأثوة والسوة لتعيين النسبة بين الاساس ومن شأنه ، كذلك انك هو معين للنسبة بين الاساس ومن ، الانسان مالك والمال مملوك .

وقد عرف نعم ، تلك معرفة تكثر في مرمده ، وان احتساب في مرمده ، تعرفه كمال مدته في فتح المصدر بأنه قدرة على تصرف اسد ، الامنع . ومعنى هذا تعريفه بوجوبه من قدرة الشخص التي لا تستمد من غيره على التصرف الامنع يتبعه من التصرف ، وليس ذلك التصرف بامنيه من غيره في شيء . لا حصر ممكن . لأنه لا قدر على التصرف تتداه ومن ذات نفسه . بل يتدرج فيه قدرة غيره ، من ملك التصرف ، ولكن هيبته للتصرف ليست كاملة أو معدومة ، يعتبر ملك ، وإن حرم من تصرفات ذلك ، مع اعرص ، لأن البيرة في وجوده من وجود القدرة لأخصه لمسوعة التصرف عند احوال من ، بواع النسبة من فقد الأهلية أو نقصانها .

وعرف مقدمي في إحدى من أنه الاحد من الاحد . ومعنى ذلك لتعرف أن من هو الاحتصاص ، شيء ، مع غيره من الامناع به أو التصرف فيه الا عن صرته وبسببه ، وهذا التبع لو انشأ لأول ، وكل أحد من الآخر يتبع عنها تعريف قوم . لأن الاحد من شأنه في القدرة على التصرف اسداء ، يتبعه اندي سكه من الاثنين يكون هكذا : من هو الاحتصاص

مساع فقط ، ويعنون بذلك من ملك عبد تحت مدهيته ودأبه ومسعته ، ثم يملك
 مسعته فقط ، مما امتازت به تحت سلطان الأسان . ولا تقع في ملكته
 الظاهر الذي يرى لدى الرأى أن ملك يقع على الأعين اذا كانت الأسان
 اشترطت ملكا تفتقر لملك العين ، وينع على مساع اذا كانت الأسان
 اشترطت قصره عيب . ولكن قضاء . كنه احتله في ذلك ، ففرق بينه قن
 ان ملك ومعه القدرة على التصرف لا يجوز مساع ، يبدو ان حواهر
 الأشياء ودواتها ، لأن تصرف لا يقع على الموات ، ولكن يقع على مساع
 وعلى أراضي اديان وحاجها . فلا عس حوهره ومدهيته ، لأن التصرف على
 مدهيته يكون بالاحياء وبالأمم . وذلك نفس في قدرة الأسان ، انما التصرف
 الذي في قدرة الأسان هو من حصر في دائرة مساع واسان العين من يد
 وبذلك لا تملك اديان في شيء من مساس . وبقرى بين الأسان التي تتبع
 الانتداع فقط ، والأسان التي تعطى القدرة على التصرف كما أن هذه كما يقع
 واحدة ونحوه تعطى القدرة على مساع العين الى غير من محدود ولا ترمز
 النفس ، وأما الأخرى كالاجرة والاعارة والوصية ومساع فيها تعطى ملك
 مساع الى من محدود طال أو قصر ومدهيته ترد الأعين الى ملكي مسعة
 مسك مطلقا ، ولكن لم يرد في هذا أن ملك يرد أن تعطى ملك مساع
 مطلق غير مقيد ، فتكون بيد أو هبة أو ميراثا ، وبأن تعطيه مقدرا من
 وزر العين بعده . وسمى التصرف اجارة أو عارة أو وصية ومساع

والخفية (كما تبدل على ذلك حواهر عبارات الكتاب والفقهاء) على أن
 الملك يقع على العين في التملكات لطيفة وتقع على المسعة في العقود التي تعيد
 ملكية المسعة فقط ، ومستثناة حاحه ان الفلسفة التي أثرها المارري من
 قضاء الملكية . لأن ذلك كنه أمم فرصة استثنائية ولا حياء في هذا الخلاف .

قابلية الأموال للملك والتملك

١٨٨ - الأموال بطبيعتها قابلة ملك والتملك ، لأنها اثرية الأولى

لا تعتبر الأشياء أموالاً ، والشيعة لظبيعية لاحرر اى هو من حواصل المال غير متاح لميرة ، عدا من الأشياء ، وان الاحرر بمعناه الدقيق ان طراً على المذبح كان هو الاحتصاص الخاخر المانع غير المحرر من الانتدع ، قد عمت من سوق ان لمقدمى يعرف منك بأنه هو هذا الاحتصاص ، ودا كان الاحرار من حواصل المذبح غير المذبح وصداثة الملازمة له ، وكانت العلاقة بين الاحرار والملك هو ذلك الملازمة كان علب ان عوب حتى ان المال من ملك طبيعيته ودائماً ، وحاصته . غير أنه قد تعرض لبعض الأموال ما يحجبها بحصة حبة من حيث الانتدع . فيسمع ورود مصدقات التي بنت اسكنة لأحد الناس سبها ، وتغير بذلك الشخص غير قوية للسبب في كل الأحوال أو في بعض الأحوال وتشمل لك نوعين من الأموال : أحدهم ما يخص بعض يقع بعده كالأموال كعدة خضف لسلاد وحماتها كغذاع واحصون والرفاء ، ومشب طرقات ، به ما قاطر واحصود امده لا حيار عامة الناس فهذه الأموال لا تشمل التمايز مطلقاً ما دامت محدثه بصفة لا كفة ، وان انت عم ست اصفة عادت الى حبة الأصلية ، وهي فليتها ليست وتثبت صلاقي .

(١٩١١) أموال تملك شيئاً في بعض الأموال وذات عند وجود مسوع شرعى من ضرورة مدخلة للسبب . وخاصة مدسة دافعة اليه ، و مدخلة راحة . وتلك الأموال هي العقارات الموقوفة وموالات بيت امس ، من كسبه لا سوع تملكه الا في الأحوال التي ذكرنا على ما هو مبين في مواضعه في كتب الفقه .

وعبر هذين النوعين من الأموال فإن ثلث ما ثبت به الاتفاق من تشييد

الملكية الثامنة والناقصة

١٩٢ الملك التام هو الذى يقع على ذات العين ومساها .

(١) وهو يعطى ائتم حق التصرف في العين ومساكنها بكل التصرفات الممنوعة شرعا من بيع وهبة وإعارة ووصية ووقف ، وغير ذلك من التصرفات التي تسيبها الشريعة الإسلامية ، ولا تنفي في أحكامها مع مبادئها وفوائدها .

(٢) ويعصيه أيضا حق الاستعاضة كاملا غير مفيد بوجه من وجوه الانتفاع ، ولا رهن ، ولا حجز ، ولا يمكن ، فهو يستعمل العين ويستعملها من غير قيد ولا شرط . لأنه لا سلطان في العين ولا منعها لأحد سواء . ولا قيد يقيد الاستعاضة الا قيد واحد وهو ألا يكون الانتفاع محرما دينيا وشرعا ، فإن يكون قد ورد فيه شيء عن صاحب الشرع الشرع ، والدين الحنيف .

(٣) والملك المدة يس له زمن محدود ، ووقت معلوم ينتهي عنده ، بل به لا نفس التقييد برهن ، ولا يعمل التقييد بشروط ، فهو إذن مطابق لا يقيد برهن ولا مكان ولا شرط ، ولذلك كانت العقود التي تعيد التقييد مفسخة ، لا نفس تقييد الملك ، وكل شرط فيه فيجوز له كونه مفسدا لمقتضاها ، غير ملائم لمساها ، ولا ينتهي الملك أثناء الاستعاضة بحره تصرف شرعي ناقل للملك ، أو مباداة ، أو تهتك العين الواقعة عليها الملك .

(٤) وملك مسكنا دائما إذا تلف العين امتوكة له لا يخص مشبه . ولا فسخ ، لأنه لا فسخة من هذا الصنف . فإنه ان ضمن يضمن نفسه ، فكأن به الهبة تعصى به السرى ، وذلك لا معنى به : لأنه لا يقع في هذه الحال عزم ولا عار . وليس معنى ذلك أنه يعنى من كل سعة لا تلافية ، بل انه مسئول دينيا عما أصاب ، وقد يستحق التعرض على عمله ، وقد يؤدي عمله ان إثبات مسبه و نفسه عنه ، فيجمع من التصرف في ملكه ، وسؤلاه عنه غيره . هذه الأمور لأربعة هي من خواص الملك التام ، سكتي في ذكرها بالايجاز بل الاطبات

٢٠ - والملك الناقص هو ملك أحد الأمرين لا يعطوه ملك رقة

وحدده من غير مساهمة أو ملك السعة وحده من غير الرقة : فهو واقع اما على الرقة وحدها ، وإما على المنفعة وحدها .

ومثل هذه وحدها من غير ملك السبعة يست في ص. بين ، ككشها في الوصية .

(صورة الأولى) إذا أوصى ملك السبعة غير شخص بعد موته سواء كان ذلك لأحد معيّن له نهاية معلومة ، أو مدة حياة الموصي له ، فإنه في مدة حياة الموصي أو مدة انتفاعه السبعة كسب هو ملكا للسبعة ، ويس للورثة الأارقة وحده

(صورة ثالثة) إذا أوصى المالك شخص سبعة العيّن ، والآخر تركتها ، فإن الموصي به الرقبة يكون ملكا للرقبة وحده ، في مدة انتفاع موصي به بالسبعة سواء كانت لها نهاية معلومة أم تنتهي بانقضاء

وفي هاتين صورتين يكون ملك الرقبة مؤقت محدودا بمسكنة الآخر للسبعة ، وإذا انتهى ملك السبعة إما بموته أو بانتهاء مدتها عادت السبعة إلى ملك الرقبة ، ويصير لمذبح وارثه ملكا صاحب الرقبة ، فيصير ملكه ملكا تاما ؛ وأذن ملكية الرقبة تنتهي دائما بملك تام .

٢١ - والأصل في ملك الرقبة وحدها هو حوار الوصية للمذبح مفردة عن الرقبة وذلك جائز في مذهب أبي حنيفة وأصحابه وأكثر الأئمة ، وخالف فيه ابن أبي حنيفة ، فهو لا يجيز الوصية للمذبح مفصلة عن عيائها ، واستدل على ذلك بإيلين . أحدهم أن الوصية للمذبح وصية عما يصير ملك الوارث ، لأن الوصية عقد لا يظهر أثره إلا بعد موت الموصي ، وبعد موته نصير الرقبة ملك الورثة والمذبح تابعة للرقبة ملازمة لها : لا تنفصل عنها ، فمن ملك الرقبة ملكها ، فإذا أوصى بها لآخر كان ذلك أمرا شئ ، هو في ملك وارثه عند تعدد الوصية ، وتقرير حكمها ، وصور أثرها ، وذلك لا يحوز في الشريعة .

ثانيهما أن الوصية للمذبح لا يحوز إلا على اعتبار أنها تشبه الاعارة لأن كليهما قلبيّ مساعف تغير عوض ، فالمسوخ الوحيد لا حارتها هو هذا التشابه وهو مسوخ يؤدي إلى بطلان الوصية للمذبح ، ويأتي عنها بانقضاء ، فإن الاعارة

تعمل بموت ، غير ، ولا تثبت بعد موته ساعة من زمان ، وادى هذا المسوع
لا يصح أن يكون محررا الوصية مسوع ، ولا يستطيع أحد أن يرضى مسوعا
سواه (١)

وقد استدل الحنفية وغيرهم على جواز الوصية بالمسوع مفردة عن الرقعة في
المسوع باعتدائها في عقد الأجرة والأعارة وغيرهم ، ولا تثبت أن الوصية أوسع
قولا ، ولذا صح أن يكون مقنود عليه فيها غير موجود عند العقد ، وصح العقد
فيها مع المنقود والأصافة ، وهذا جاز أن تكون المسوع محلا للعقد في العقود
الصقة المنطق التي يطلبها المتعاقق ، فالأولى تحوير في الوصية وهي من أوسع
المقنود شمولاً ، وأكثرها قبولا للشروط .

وردوا دليل أن أنى يلى بأن الوصية بالمسوع تحملها ملكا مقصودا ، فإذا
مات الموصى نقل إلى موصى له في الوقت الذي حل فيه الرقعة إلى الوارث .
لأن كليهما نفس الملك بأخلاقه عن الوارث ، فتصل الرقعة إلى الوارث مستقيمة عن
مسارها ، ولا يوجد ما يحد إرادة الموصى في الوصية ، لأنه ما دام يملك الوصية بثلاث
ما يملك ، فله الوصية بالمسوع وحدها أو بها مع العين ، لا دليل على التقييد والمنع ،
من أنه ما دام يملك الوصية بالمسوع والذوات ، فالأولى يملك الوصية بأحدهما ،
فإذا أفرد المساع بالوصية فقد حصل ما هو من ولاسه .

وردوا الدليل الثاني بأن الوصية بالمساع شبيهة الأعارة في أن كليهما
تتميث غير عوض ، فكان ذلك مسوعا لجواز هذا النوع من الوصايا هذا المعنى
الجامع بينه وبين الأعارة ، وليس معنى ذلك أن يكونا مشتملين من كل الوجوه ،
والأكثر عقدا واحدا ، فلا بد أن يحتلما في بعض مشخصاتهما ، فالوصية
تكون بعد الموت ، والعارية تكون حال الحياة ، وليس كون الوصية بعد الموت
يمنع أن يسرى عليها الجواز الذي يسرى على العارية المشابهة لها ، لأن اللسان
أن يتصرف في ثلث ما يملك بعد الوفاة .

هذه دلة الفرقين متبناها توصيفا للمعكورة ، وشيئا لها ، ولكي يكون

القارئ ، على عدم سب الفقه ومعه ؟ فكتب الفقه الاستدلال ورد العروع الى أصولها .
 § ٢٢ — وملاك الانتفاع وحده من غير ملك الرقعة يشمل نوعين من الحقوق ملك لمنفعة ، حق الانتفاع ، وقد عدت كتب مالكية والشافعية فصلا للتفريق بين ملك لمنفعة وحق الانتفاع . وأحسن ما قيل فيه ما قاله القرائى فى كتابه المروق وخلاصته أن حق الانتفاع هو ، لا أن لشخص فى أن يباشره هو الانتفاع نفسه فقط كالأذن فى الجلوس فى مدارس ومساجد ، والأسواق والبيات فى مصايف ، وبحود ذلك فمن ذلك أنه فى ذلك أن يسمع بنفسه فقط ، ويمنع فى حقه أن يبحر أو يعرض بطريق من طرق المعاولات أو يسكن غيره فى بيت من دار الضيافة .

وتثبت المنفعة أن تكون لشخص الحق فى أن يباشر الانتفاع هو نفسه ويمكن غيره من الانتفاع بعوض كالأجرة ، أو غير عوض كالزينة ، كمن استأجر دارا وله أن يبحرها غيره أو يبيعه ، وفى الخصة أنه أن تنصرف فى هذه المنفعة تنصرف المالك فى أملاكه بأوجه التى قدمت به أحكامه المتقدمة التى استحدثت بمقتضاه المنفعة .

وعلى ذلك نقول أن حق الانتفاع ثبت لأحد من (أحدهم) أن يكون الأعيان استمتع بها بمخصصة لمنفعة الكفاية ، ولا يملكها واحد من الناس ، كالأنهر والترع التى تشقها الدولة ، وطريق غير المملوكة ، وكذلك ما حصصته الدولة لمنفعة فريق من الناس لأصحت فبهم شروطا يجب أن تتحقق كالمدراس ، والمصحات وغير ذلك ، فما يعنى بهذه الأعيان من حقوق إنما هو من قبيل حق الانتفاع لا من قبيل ملك المنفعة .

(ثانيهما) الإباحة^(١) فإنها تعطى لمصاح له حق الانتفاع ، ولا تعطيه

(١) الإباحة أن تأذن شخص فى استعماله أو امتلاكه لا على وجه انعقاد ولا يشترط أن يكون المأذون به بالانتفاع أو لامتلاكه معنوف شخصه أو سمه ، ومالك ذلك التصاحبة الصامة وبخاصة ، وير اسود فى حرس (راجع هامش كتاب المعاملات) صراحة أدلة لأستاذنا الجليل الشيخ أحمد إبراهيم بك .

ملك المسعة ، فليس به أن يملك المسعة غيره بعوض أو بغير عوض ، كما يخصص دارا له لا يؤاء من انقطع بهم الطريق ، ولا مكان يؤوون إليه ، فإن المستعير بهذه الدار لم يحق الانتفاع فقط ، إذ لا يملك أن يملكوا غيره بمسعة بعوض أو بغير عوض .

§ ٢٣ - ملك المسعة يستند بأسبب أربعة ، وهي : الوقف ، ووصية ، والاجارة ، والاعارة .

١ - والاعارة لا تسبغ للمستعير أن يتفقد طريق الاستعمال بأن يؤخر العين غيره ، وإن الأجرة ، وذلك لأن من ملك مسعة بغير عوض لا يصح أن يملكها غيره بعوض ، ولأن الاعارة عقد غير لازم ، والاعارة عقد لازم ، فإذا ملك المستعير الأجرة أما أن يقول إن أجزائه لازمة ، وعلى ذلك تكون الاعارة نفا لزام : لأنها مسببة عليها ، وذلك تعبير لوصف اشترعى وأثرها الذي اعتبره الشارع مقتضى له ، ، ما أن تكون اجارة المستعير غير لازمة ، لأنها ليست على عقد غير لازم . وذلك تعبير لوصف الاجارة اشترعى ، ومقتضاها الذي جعله الشارع أثرا له ، فالأجرة من المستعير أدنى حتى إلى أحد أمرين كلاهما غير وفق لوصف أحد الطرفين ومقتضاه (١) .

وهذا الحكم هو مذهب الحنفية والشافعية ، وأما مذهب مالك رضي الله عنه فهو أن من استعير عيب ، فقد ملك منعه ، وإذا ملك منعه فهو الحرية والسلطة المطلقة في التصرف فيها في مدة العارية بشرط ألا يضر بعين ، وعلى ذلك يكون له أن يبيع العين وأن يؤخرها (٢) .

٢ - والاجارة تسبغ لمن ملك المسعة تمتعها ، أن يتفقد نفسه ، وإن يتفقد بطريق الاستعمال ، فإنه أن يؤخر العين ، ويأخذ حريتها بشرط ألا تكون

(١) راجع الأشباه والنظائر

(٢) راجع المروءات للمنفذ في حرية الأول ، وقد جاء في حديث العروى « من شهد له العدة في امرئ كانت له ملك مسعته مكا على ذلك في تصرف كما يشاء بجميع الأجزاء العدة في تصرف في مسعته في ملكه ، ويكون له هذه مسعته كشيء واحد » .

منفعة لمعيه في حتمه مما تختلف باختلاف المستمعين ، فإذا كانت مما يختلف باختلاف المستمعين ، ولم يخرج بخارج يستمع أن يخرج عيرد وغيره ، وليس له أن يخرج أو غير ، لأنه أن فعل يكون قد فعل غير متفق عليه ، وهو منفعة لمعيه في العقد ، ولا شك أن الإحارة لا تعطى من مع إلا أن يمتنع عليه ، فمصلحة المنفعة التي تختلف باختلاف المستمعين من غير إحارة لك سواء كان معروض أم غير معروض — فثبت غير متفق عليه أو فثبت لا يثبت ، وذلك لا يسوع ولا يجوز من غير ادب مثلك

٥ وما اوقف بوصية فمستمع بينهما أن يستمع بالاستعمال أو بالاستعانة ان نص عند انشاءه على أن له أن يستمع كيف شاء ، وان نص على واحد منهما ومع من الآخر كان نص على الاستعمال ، ويجمع النص من الآخر ، أو انعكس ، وليس له إلا ما نص عليه ، لأن الشروط التي يذكرها اوقفون أو الموصون في الوقف أو الوصية هي التي تنظم طريق الانتفاع ، وبمقتضاها يتمكن المستمع منه ، ولما ورد على أقلام الفقهاء شرط اوقف كمصنوع اشرع ، وذلك كلام سابع في إعطائه الشارع له من حقوق في اوقف ، وبمثل ذلك الوصية .

وان نص على الاستعمال وسكت عن الاستعانة من غير إحارة أو مع ، وقد اختلف فيها الحنفية ، فذهبوا إلى أنه يملك الاستعمال والاستغلال ، لأن من ملك أن يملك المنفعة يبره بموصى يملكه بالأولى نفسه ، وليس الاستعمال إلا أن يملك امداف لغيره بموصى ، ولأنه لا فرق بين استعماله واستعانة غيره ، بل أن استعماله مطبقة الرق بمعين ، والرعاية لها والمحافظة عليه .

وقال فريق آخر وهم الأكثر عددا أن من ملك الاستعمال لا يملك الاستعانة ما دام لم يصح عليه ؛ لأن المستمع يستمد هذا الحق من نص الواقف أو الموصى ، والذي نص عليه هو الاستعمال فقط ، والاستعمال والاستعانة أمران متغايران ، ووجهات من أوجه الانتفاع مناسبات ، ونص على أحدهما لا يقتضي إحارة الآخر .

ومثل النص على الاستعمال من غير نص على الاستعانة في الحكم إحسان إلى

صق ميب الماقت أو موصى فلا بد ذكر استعمال أو استعماله ، و به يصرف
 الأصل أن الاستعمال ، وكأنه نص عليه من عه ذكر الآخر ، وذلك متى
 تمته خصوصية ، وهي أن مطلق مصروف أن لفرد الكائن ، وكأنه ذكره ، في
 هذه الحس قد ذكر في النصية ، ووقف الانتع مطلق من غير نص على أحد
 و أدى الانتع و هو الاستعمال والاستعمال ولا شك أن استعمال أكمل من
 الاستعمال ، لأنه أوسع نطه في التصرفات ، فيصرف احقاق الانتع اليه .

وإذا نص المواقف أو موصى على الاستعمال فقط ، ولم يصرح بالاستعمال
 باحاطة أو منع ، فإن دعواه الحققة محتمل على أنه لا يمنع إلا بطريق الاستعمال ،
 ولا يمنع نه الاستعمال ، لأن من ملك حق الاستعمال يقتضى وقف أو انوصه
 قدمه بغير بدل فلا يملكه غير بدل ، والاستعمال يقتضى ذلك ، فهو دن
 لا يجوز ، لأن ملك بدل أقوى من ملك من غير بدل ، ومن ملك الأصغر
 لا يملك الأقوى .

٢٤ - ووقوف في مذهب مالك أن كان على السكى كان معطية حطب
 الانتع المستحق ، ولا يكون ملكاً للبيعة ، واذ يكون منتفع أن ينتفع بنفسه
 فقط ، ليس له أن يعير البيعة غيره فضلاً عن أنه يسر به الاستعمال بوجه من
 نحوه ، وهذا نص ما جاء في غرر القرائن « وإذا وقف وقف على أن يسكن
 أو على السكنى ولم يرد على ذلك قصر القصر يقتضى أن الوقف انت ملك الوقوف
 عليه الانتع «سكنى دون البيعة ، فليس له أن يعيره غيره ، ولا يسكنه ،
 وكذا إذا صدرت صيغة تحصيل تمتك الانتع أو تعيث البيعة ، وشككها في
 سبب البيعة قصر الوقف على أدنى الرتب ، وهي تعيث الانتع دون البيعة ،
 فإن قال في نطق ، « يستعمل بهن الموقوفه بجميع أنواع الانتع » ، وهذا نص صريح
 بتعيث البيعة ، أو يخص من القرائن ما يقوم مقام هذا التصريح من الأمور العادية
 والخاصة ، فإن يقتضى مقتضى ملك القرائن ، ومتى حصل اشك وحب القصر على
 أن الرتب ، لأن الأصل بقاء الأملاك على ملك أربها ، وانقل والانتقال على

حلاول الأصل ، متى شككنا في رتب الاستعمال حملناه على أدنى الرتب انشاء
للاصل ، وعلى هذه القاعدة مسائل في المذهب ، وضاهر من هذه العبارات ،
ومعوم الأصل الذي استت عليه يكون أحكام الوصية كأحكام الوقف ،
وحلاصة القول في ذلك أن عبارة الواقف أو الموصي إن أفادت نصها أنه باقراض
المقتضية الحلية ، لم يثبت المصلحة كان يستعمل الاستعمال والاستغلال ، وإن أفادت
ملك الانتفاع كان له الاستعمال دون الاستغلال ، وإن كانت العبرة تحتسب أحد
الأمرين حملت على أدنى رتب الانتفاع ، وهي حق الانتفاع فقط ، فيكون له
الاستعمال دون الاستغلال .

وفي مذهب الشافعي وأحمد بن حنبل رضي الله عنهما اوقفوا بوصية
يملك المستمع استنبها المصلحة لا حق الانتفاع : فإذا نص على أن المستمع له
حق الانتفاع فقط أو دست قرآن الأخوان على ذلك ، كالانتفاع بالمصحات
والمصحفات والمدارس الموقوفة ، وإن استعمل لا يثبت الإحق الانتفاع أم في غير
هذه الأخوان فيثبت المستمع المصلحة سواء كان لوقف أو الوصية للسكنى
والاستعمال فقط أم الاستغلال فقط أم لم يمس ملك أحدهما على وجه الاحتصاص
ملك الآخر : لأن مقتضى اوقف أو الوصية في هذه الحال يثبت المصلحة ، لا حق
الانتفاع ، ومثبت المصلحة يعطى المستمع حق الاستعمال والاستغلال على ما هو مقرر

فروا من ملك المنفعة وهو الانتفاع

§ ٢٥ - (١) المستمع في ملك مصلحة حق متعلق بالعين ، ولكن العين
ملك لغيره ، وإذا استفاد هو ذلك الحق من مالك لغيره . وإن ملك كان مستمع
مطلقا بالمحافظة على العين استمتع بها بحقه على ماله . سكنى بمسكنه إلى ملكها
صاحبه سبية ، وإذا هبكت فعلة أو تقصيره في الحفاضة عليها كان صديقا صاحبها
قيمتها إن كانت قيمة ومثلا إن كانت مثله ، ولا يصح أن هبكت من غير
تعد أو تقصير في المحافظة عليها .

(٢) وملك مصلحة يسبب التمييز ، شروط في أوجه الانتفاع . وفي مثال

الانتفاع وفي مكانه ، وهو يحجب مدته ملك النام : فانه لا يقبل التقييد بالشروط على ما أسلف من القول .

(٣) ومدته تسعة لا يورث ، بل ينتهي بوفاته ملك ، ولا ينتقل لورثته ، وهو ملك يحجب ملك المالك ، وملك الرقبة فلهذا يورث ، وينتقل بالخلافة ان اوارث . وحجب في ذلك انشاقى فقال ان ملك التسعة يورث .

صيانة المدين المستفيع بها

٣٦٥ - الانتفاع بامرين حالان : (احدثا) ألا يمكن الانتفاع به مع . . غيرها ، بل الانتفاع به يستلزمها ، وذلك يكون في عبارة بعض النشآت فان الانتفاع به يكون يستلزمها عاما ، وفي هذه الحال لا ترد ذات المدين المستفيع بها بل يرد منها ، ويكون عقد اعرارة في هذه الحال عقد قرص . (ستم) أن يكون الانتفاع بامرين مع بعضها ، وفي هذه الحال تكون الامين أمانة في يد المنتفع ، فان تمت من غير بعد ولا تفصيل أو تعينت له ملك لا حسن شئ ، لأن يد الأمانة غير صامعة .

وان تمت بعد أو تفصيل في الحفظ أو تعينت ضمن قيمتها أو مشاها عند احدث ، وضمن نقصان العيب عند التقييد . والعقد يثبت بحددي صورتين (ولهما) أن تلتفها أو يعيمر ضمن مقصوده بالانلاف أو العيب ، (وتأتيهما) . يتجوز الشروط التي قدمها بها ملك ، أو يجاوز الأمد الذي عيحه له أو يحبس امين بعد انقضاء مدة المدة ، وفي كل هذه الصور يكون مستفيع ممدوي ومتقن يده من يد ائمية ان بد صامعة .

وينتهي ملك التسعة ، وفاة مالك المدين أو المنتفع كما اشترى ، وانقصاء ائمة التي عين الانتفاع بها وبذلك اشئ ، المستفيع ، أو بعد استيفاء التسعة المتفق عليها منه ، ومتى انتهى حق الانتفاع والمدين الدفعية تمت المدين الى ملكها ، الا اذا كان في تسييمها صرر على مستفيع . كأن ينتهي مدة الاجارة ، والزرع على المستفيع ، فانه يترك لأخر ملك ، واذا مات مستأجر والزرع قبل ترك في يد

ورث بالأحرى مسمى ان كانت مدة الاحر لا تزال فيه لم تنته ، و قد انتهت
 كل على اوارث آخر من ادا كان اربع لا يزال نقلا .^(١)

٢٧ — وه محمد القلوب المدي حلف شريعة في ملك المنفعة بحكم
 كبيرة ، و حجة ما حلف فيه ترجع الى مورد منها .

(١) ان ملك المنفعة ينتقل الى اوارث بعد وفاته ما كسب ، اذا كانت مدة
 المنفعة تنته لمدة ، و مذهب الحنفية على ذلك : لأن ملك المنفعة فيه لا يورث بل
 مجرد و قد اُخذ القديس في عند احدى ملكك المنفعة منه بفتح الهمزة ،
 و يسمى ملك المنفعة على النحو الذي ذكره . و مذهب الشافعي كالمقاييس المدي .

(٢) ان القلوب المدي يرضى ان حق المنفعة قد يكون له ، و يمكن
 عقد منفعة لمؤد لا يكون بين احد ليس يرضى مع ارضي ، ان يكون بين اربعة
 واحد اناس ، و الاصل في ذلك ان كثير اراضي مصر كانت معتبرة ملكا
 للدولة . و يد الرأى عيب يد مسأخر مسقع ، لا سيما ما يتعلق به . و لكنه حق
 دائم غير عقيد ، و يستقل بعد المنفعة ان اوارثه ارضي خير هم يمسق القلوب ان
 يخلو بحل مورثهم . و لكن بعد ان صدرت ملك الأراضي التي كانت بيد اناس
 غير يد مسقع متوكة ملكا بماله ارضي اليد عليها يفتقضي الأمر احدى الصادر
 في ١٥ ابريل سنة ١٨٩١ للقضاء الأعلى ، و الأمر لعان الصادر بتاريخ ٣٠ سبتمبر
 سنة ١٨٩٦^(٢) . بعد هذا يبقى حق الانقضاء الأبدى ؟ و لقد كان ذلك
 مفروضا في ثلث الأراضي ، حتى قد زالت ملكة للدولة عنها ، و أصبحت ملكا
 ما و ارضي اليد عنها ، و ما تمسكه الحكومة من اراض غيرها انما تمسكه ملكة
 خاصة تتصرف فيه على ما يشاء من غير انما تشاء من تصرفات .
 ان لا يرى ان ملك المنفعة لأبدية (اذا كان ذلك أصلا) نافية ان الآن

(١) راجع مذكرات عدلات في لغة أد حيفة في كسب بعض أسانيد مدرسة القضاة .

على لغة حيفة من القسم الأول . و راجع ما يقع في الاحرة .

(٢) جمع مجموعة مذكرات و مسكدة المدرسة في مصر للاستدلال على الدكتور كامل ان
 مرسى ، و شرح القانون المدي للعرجوم قاضي زغلول باشا .

(٣) أن حقوق مالك المصلحة والعين المستعصية توسع في القايوس مما في الشريعة « وصارت المصلحة في القايوس المبنى لجميع حقوق مالك فيما ملك وعنى قدر ما يمكن له الاستمتاع بأشياء مباشرة أو بواسطة كالأحذية أو الشركة ، المردعة وغير ذلك ، وله أن يرهقه بجميع أنواع الرهق ، ويرث عليه حقوق ارتفاق ، وأن يصرف ما يبيع وأمسك ، وغير ذلك من التصرفات الخائرة في أملاك شرعا » (١) .

ويرى من ذلك أن عدون أعطى مالك المصلحة من تصرفات ، وسوء بئنه من اعتقود ما لم توسعه الشريعة ، وهره من لا لا يجوز من المستع في الشريعة ، ولكنه يجوز في القانون .

حقوق الارتفاق

٢٨ حق الارتفاق حق مقرر على غير منفعة عتية آخر ، ملكه غير مالك بمقدار الأول ، وهو يشبه حق الاستمتاع من حيث أنه يس فيه ملكية منفعة مالك العقار مستمع : أن بعض مؤلفين يرونه من أقسام حق الاستمتاع (٢) .
وحقوق الارتفاق ثلاثة : حق شرب ، وحق مسير ، وحق المرور . وهذه تشبه أحكام عامة ، وتخص كل واحد منها أحكام ، أما العامة ، فهي أهم حجية ، لا بد شوبها من ألا يكون في استعماله أدى بلحق غيره ، كأن يكون استعمال حق الشرب في معنى راض واسعة يأخذ ما كثيرا ينصرف فيجعل الشرباء في التربة الخاصة ، أو المستعصية في التربة العامة أم سهر العام عرصة للحرمان من السقي ، وأخذ ثوبتها ، ففي هذه وأما هاتين اشخص مقدار ما يراد به حصول كذلك حق المرور يحصل لك حق المرور أي مراك أو رعت من طريق ، بشرط ألا ينصرف عليك ، فإن تنق في هذه قدورات ، أو تعمل ما فيه احتل الضرر ، كأن تسير عرستك في غير الخاب المحصن أصيبه من الطريق ، حتى لا تصطده بعينه

(١) العدة مقبولة ، حتى يعرف من شرح القانون .

(٢) راجع كتاب الأستاذ الخليل السبيح أحمد إبراهيم بك في معاملات الشريعة العامة .

ويثبت أى حق من حقوق الارتفاق بواحد من ثلاثة أساليب : (أحده) أن يتعلق الحق بمرعق عام ، وثبت لكل من نفع به عقاره حق الارتفاق فيه شرباً ، أو مسيلاً ، أو مروراً ، (ثانياً) إذا كان العقد ارتفاقاً به الحق ملوكاً مسكاً حصاً ، فإنه بهذا الأدن يصير له حق ارتفاق على عقار الآخر . (ثالثاً) القدم : فإذا وجد أن عقار على آخر حد مسيراً ، حفظ له ذلك الحق . ما دام لم يعرف وقت حدوثه ، وإن عرف وقت حدوثه ذلك فإن كان مثلاً لذلك الحق كان للعقد بهذا السبب ثبوت ، وإن كان غير مثبت بأن كان سداً ماصلاً وعلم ذلك بأمانة حكم بطلانه ، وفي الخطة القدم مثبت ما لم يتم دليل على بطلان السبب الذى اعتمد عليه بعد ثبوت أو نفيه .

من الشرب : والمجرى

§ ٢٩ - والآل تنكح في كل حق من هذه الحقوق ، وما يخصه من أحكام ، وهذا بحق الشرب : الشرب في اللغة معناه الخطأ ، المصيب من الماء ، قال الله تعالى عز شأنه « وهذه آفة لى شرب وكما شرب يوم معلوم » ، وقال تعالى « وشبههم لى قسمة بينهم كل شرب مختصر » .

وفي الشريعة المصيب من ماء سقى الزرع والشجر ، ويعد حق الشرب الذى حصه فى الزرع والشجر - حق الشفة فهو حصص شرب الحيوان والاسماك ومفعبه ذلك كالمصوء والغسل ونحو ذلك . وهذه بأساسة حق الشرب والشفة ثلاثة أقسام :

القسم الاول : الأنهار الكبيرة : وما يفرع عنها من ترع أشتب الدولة مساجع الس ، ورى أراضيها ، وكل انسان أن يتنعم من هذه المياه . وشرب منها هو وحيوانه ، ويتبقى ررعه وغرسه وينصب علم الرحي (١) ، ويكرى ميراً منها أى أرضه بشرط لا يضر ذلك بالعمامة ، وذلك لأن ماء هذه الأنهار غير ممنوك لأحد ، لأن ملكاً إذا يكون بالاستيلاء ولقهر والأحرار ، ومياه

(١) رحي هى ما سده اقية فى عرف العرب .

هذه الأهر غير محجرة ولا متطورة ولا محل استيلاء أحد : وفوق ذلك فهد الأهر غير مملوكة الزفة لأحد على الخصوص ، فليس ماؤها بمملوك ، ويست هي مملوكة . ولذا بقي ماؤها على أصل الإباحة ، وصار الناس فيه شركاء بمقتضى الشركة الطوعية في الإباحة ، قوله عليه السلام «^(١) المسلمون شركاء في ثلاثة في الماء ، والكلاء^(٢) ، والنار » ، والشركة في هذا الحديث شركة بإباحة ، فمن سبق إلى شيء منها واستوى عليه ، وأحرره دخل في ملكه : وهذا كله كان لكل انسان فيه حق الشعة والشرب مطع من غير قيد ، لا قيما واحدا وهو ألا يترتب على تصرف الانسان ضرر عامة . لأن الضرر يجب أن يؤول^(٣) وقد جاء في منع أن من ضرر به أو ما يعرض منه من مياه عامة فلكل واحد من المساهمين منعه . لأنه عامة المساهمين . وإباحة التصرف في حقه مشروطة بعدم الضرر .

٣٠٥ القسم الثاني : المياه التي تجري جرياً متتابعاً في ملك خاص :

ودلت مثل انبساط التي كثر بها الناس في مزارعهم بوجوه المياه في كل أحرها ، وأما في هذه الحالة غير محجرة : لأن صاحب الأرض لم يسور عليه ، ولم يهره ، لأنه يجري مساهماً ، في يقع في سطره ، ولكنه يجري في أرض مملوكة له : فكان له حق فيه من غيره ، بعد كان حكم هذا ماء أنه ثبت فيه حق شعة لكل انسان ، ولكن لا يثبت حق لشرب إلا ما كان صاحبه

أما ثبوت حق شعة : (١) فلأن ماء مازل باقياً على أصل الإباحة ، لأن أحداً لم يسور عليه ، ولم يحجره ، فهو ليس بمملوك لأحد فصار لكل انسان أن يتصرف به في الشرب وقضاء حاجاته ، وأن يستقي دوائه ، وصار كطبي نسكس في أرض انسان ، فكيف انسان أن يصيده ، مادام صاحب الأرض لم يجعلها شركاً لصيده . (٢) ولأن رسول الله صلى الله عليه وسلم سبي عن منع بيع البئر . (٣) ولأن الإباحة في الماء تتحدد ساعة بعد ساعة ، ومن حرجها حراً صارها في

(١) الكلاء الملاح هو الحيتان التي يثبت بقرانها الأسماك .

(٢) قامت لأنه يرى مظنة الإباحة عند كل ورجعه إليه نظراً إلى أن يجب على تصرف المتصرفين ضرراً بالكافة .

لأرض لا يمكنه أن يستصحب ما كلفه من أن يرجع إلى أهله ، فيحتاج إلى أن يأخذ من ماء الأرض التي تكون في طريقه منه ، وإليه . وصاحب الأرض لا ضرر بحقه من أخذ قدر من الماء شرب الشخص ودانته ، بل هذا لو منع منه بحقه جرح شديد وضرر عظيم ، فكأن من العقول أن يراد هذا الضرر العظيم بأمر لا ضرر آخر ، وإن منه ضرر فهو يسير ، والضرر اليسير يدفع به ضرر الخطير ، وذلك أمر مقرر في الشرع .

وأما عدم الحاجة سقي أربع فدان في ابنة الحق ضرر عظيم صاحب لأرض ، إذ فيه احتراق الحق صاحبه أي أخرى ماء في ملكه خاص : إذ الحاجة الشرب سيكون متساوية مع كل من في أرض سقي منه ، وذلك لا يكون له حق ثمن مع من ملكه الأرض التي يجري فيها الماء أو أحد من امتياز بذلك من أي قدمه ، ولأن الشرب لأحد الماء لدى يذخر فيه ، ويست له نهاية معومة . وقد مضى ، وفي حقه تعرض ضرر آخر من الانتفاع ، ولا شك أن ضرر الكثير صاحب حق يدفع به ضرر غيره ولو كان كبيرا ، لأنه لم يترتب له حقوق تفتتها ملكية خاصة له ، وعلى هذا لا يثبت شرب في هذا النوع من المياه إلا بقوله غير معروف قوله ، أو بادن خاص من الماء

§ ٣١ هذا ويلاحظ ثلاثة أمور : أولا أنه يجب على من يبقى دوانه من ماء يجري في ملك خاص أن يحفظ على حافتي المجر والمجر : لأن الشرط في سداد الحقوق ألا يترتب على استعمالها ضرر ، ولا شك أن تحريك حافتي المجر أو حواشي المجر فيه ضرر كبير لصاحب ملك ، والضرر واجب الإزالة ، ولذا إذا حذف تحريك المجر من كثرة المدوات كان صاحبه أن يمنعها إذا لحق به نصبة خاصة ، وإنما ثبت غيره حق أشبه بالضرورة ، ولا معنى لاندته على وجه بضرر به صاحبه ؛ لأنه بهذا اتصال مسعته ، فيذهب بذلك ما به من حق خاص ، ولا يصح أن يصيب الحق الأصلي في سبيل حق ثبت بالضرورة دونه لأدى عن التماس ومدا لجألتهم .

وثانيه : أنه اذا كان مع ماء أو النهر الملوك ملكا خاصا يمكن الوصول
 به بطريق يس مموكا ملكا خاصا على المسقى منه لنفسه أو لدواه أن يسلكه ،
 ومن له أن يصل اليه من أرض صاحب النهر أو البحر وهذا أن يسمعه ، لأن
 رجوع رصده اصرا به ولا ضرورة تدفع اليه ، فلا يصح له أن يحتارها ، وإن
 يمكن الوصول الى ماء الخدول أو غير الخدول الأرض ، واضطروا الى أن
 شربوا من هذا الماء ، لعدم وجود غيره بين صاحب الأرض أم أن يذن
 بدخول ، وأما أن تحمل المياه ، من لم يفعل دحوا وأخذوا من الماء ما يكفيهم ،
 لأن ضرورة تدفعهم الى هذا القسح : يدع في حاجة في ماء ، ولا ماء سوى
 في هذا الخدول أو هذه النهر ، ولا طريق اليه إلا أن يدحوا رصده ، وهو معنت
 في معيهم ، ولضرورة تدفعهم لا ماء لا صر صر ، على أحد ، لا ضرر
 على صاحب الأرض .

وثلثا : أنه من معهم صاحب النهر أو البحر من أن يشربوا من مائه أو
 سقوا دوابهم وكأوا في اضطوار اليه كل هم أن يقتلوه بالسلاح ، (وإن كان
 الأول أن يقتلوه ولا غير السلاح) يأخذوا منه قدر ما يدفع الهلاك عنهم ،
 وذلك لما روي من أن قوما وردوا من فناء أهل أن يدلهم على النهر ، فأبوا
 وسألوهم أن يعطوهم دلوا ، فأبوا فقالوا لهم ان أعاقبا وأعاق مطايما كادت تقطع ،
 فأبوا . فذكروا ذلك لسيدهم عمر رضي الله عنه فقال : هلا وصعتم فبهم السلاح .
 ولأن الماء ما دام غير محرر ، وما دام يحرق متتابعا فهو على الأمانة الأمانة ،
 وكل إنسان حق أحده وشرب منه ، ومن يمنع أحدا من أحد ما له حق في
 أحده كان له أن يقتله بالسلاح ، كل يمنع إنسانا من ماله المملوك له ملكا خاصا
 له أن يقتله بالسلاح ، حتى يصل الى ماله

وأذا كانت الشقة تأتي على كل ما في النهر أو البحر من ماء فقد احتلف
 انتم ، فقلت بعضهم من له منع : لأنه غير مملوك له ، فلا يصح أن يمنع أحدا
 منه ما دام يريد أن يرى نفسه ودواه ولا يرد في ذلك من الآثار التي سفنها .

كما خطب المحرر والحشيش والصيد وغيرها مما كان في أصله مسحا، ووقع في المذنب
أحص بالامتلاء . ولأن العادة حرت في الأعمار وكل الأعصار بالامتلاء
المتقنين على المياه ويبيع واستحلال ثمن من غير تكبير، فكان ذلك دليلا على
نوبت ذلك التمام فيه عسر - من حمه، وما رآه المسلمون حسا فهو عند
الله حسن .

غير أنه يلاحظ أمران : (أحدهما) أن ماء وان صدر مما كان لا حرار
لا تزل فيه شبهة لشركة طليعية نتي انتهت الخلدت لصحيح : « أسس شركاء
في ثلاثة ماء الخ » لأن تلك الشركة التي من عيب الحديث ، وإن أركانها اليد
التي تمت « لامتلاء قد بقيت شبهتها ، ولذا لو سرق أحد من آخر ماء بيع قمعه
حدها (كمن يكون ماء قد يلائمه قمعه) لا يجب حده السرقه ، لأن
حدود لمرة « شبهات كما وردت سميت الآبار ، ولا يشك أن شبهة بقاء الشركة
لصعوبة اللاحقة من هذا النوع الذي مدناه أحد

(سبحه) أن من يخاف على نفسه لظلام ، وليس معه ماء فسأل من معه
ماء المحرر قمعه كمن أنه أن يقامه غير سلاح حتى يأخذ منه ما يتقنع به غايته
وذلك إذا كان صاحب لم معه ما يحصل عن حاجته ، أما إذا كان
معه لا يريد عن حاجته ، فليس خذا أن يقامه : لأن القتل إيم هو يدفع
الحدائق عن نفسه ، ولا يصح أن يدفع أفلاذ عن نفسه ، وهذا حر هو أوفى
بماء منه ، لأنه مالكه . ويرى كمال لمن يحشى على نفسه إهلاك أن يقاتل
من غير سلاح عند وجود الزيادة في ماء ، وما يقع له قتال بالسلاح ، لأن الماء
في هذه الحال مملوك فصار كطعام المملوك إذا صط شخص فيه ، فلا بد من
مراعاة حرمة المالك ، وكل الأصل ألا يتناله قط احترام لمسكيه ، ولكن
لمطس والحيث الشديدين دفعه لأن يطالبه ، وأن يتنازل عليه حصصه ، فأبيحت
المحبة في هذا حصصا لنفسه ، وأجاء عليها ، وبقي حمل السلاح على أصل تحريره
العام فكان له أن يعاقب يسأل القوت أو الماء ، ولكن من غير سلاح .

§ ٣٤ مما سبق ينبغي أن حق الشرب يكون في نوعين من المياه أحدهما الأهر والترع العامة. وأشراب يكون للشخص فيه بلا قيد ولا شرط إلا إذا كان في عمله ما يضر حررا عاما ، أو فيه أضرار ذلك ، وشيئ المياه التي تجري في مجرى موكمة ملكا حصا إذا كان لأرضه عليها حق شرب قد تم معرف أولاه ، أو كان إذن خاص من صاحب النهر ، وبلا حظ ما يأتى .

(١) إذا تعق حق الشرب بالأهر العطاء والترع العامة فمما صاحب لأرض أن يشق جدول في ملكه في أرضه أن كانت بعيدة عن الترعة العامة . كما أنه أن يشق أرواحا لكن ذلك مشروط ألا يضر بأمامة كما أنه ، كأن يفيض الماء في أرضه كثيرة . بحيث شغل لسفن الخارطة من الخيران عيه ، أو ينقطع عن الناس ^(١) .

(٢) إذا كان حق الشرب متمتعا من موكمة ملكا خاص كان لكل من تعقب به حقه في الشرب منه أن يسور عوده بيده بقسمه عادة ما تمسحت بمحومبه منه ، وإم المسارات رماية ، وغير ذلك مما يرويه العدل والمثل ، وأصبح للربح ، وأبقى على الثمر .

(٣) وليس شخص أن يسمي أرضه التي حدد أن يسرى ماء في أرض غيره ، فيصير رزعه ، ويمنعه من حرقها وإصلاحها بغير إذن ، وإذا رت الأرض بمثلها في أرض حاره ، فإن كان سقيه لأرضه فوق المعدل أو في غير موته ضمن ما يحصل من التلف في أرض جاره بالأمره بطلان . يعتمد : إذ ليس له أن يزيد عما به من حق السقي بالزيادة عن المعتاد . وأبقى في غير موته ، ومن تعدى بتقييم يعمل من له أن يقوم به ضمن ما يترتب عليه من أضرار غيره ، وإذا رت الأرض لسقي معتاد لأرضه

(١) جاء في الحديث : مثل أبي يوسف عن جرير ، وهو جرير عظيم . أحب رجل أرض كانت مواتا ، ففكر لها نهرا يورق من موضع من ملكه ، فجدد ، فدق الماء منها من ذلك . فقال أبو يوسف : إن كان يسحق على أهل مرو صر في مائهم ليس له ذلك ، وإن كان لأرضه منه ذلك ، وليس له أن يحموه .

فيه ، وكان السقى في توبته ، فلا يضمن ؛ لأنه ليس يعتمد في الأضرار غيره ،
ويشترط وجوب الضمان أن يكون متعدداً ولا تعدى هذا ، وإن كان هو التسبب ،
لأن التسبب وحده لا يكفي في الضمان ما دام العمل مشروعاً سائماً ، ألا ترى
ب من يجرى ثرا في أرضه لا يضمن ما يعصب فيها ، وإن كان السبب من حاسبه ؛
لأن حفر الإنسان ثرا في أرضه أمر مشروع . ولأن لو صمد صاحب الأرض
التي برت تسقى المعتدى في توبته سكا في ذلك مع له من استحبال حقه في
السقى ؛ لأنه إذا كان كلما سقى صمد كان ذلك نحريراً للمضى عليه ؛ وهذا
يكون قد دفعه الحرر عن الجار صرراً أشد ، وهو صاحب الحق ،
ولا يصح دفع الأضرار الخاصة بصناعة الحقوق ، وإحقاق أضرار أشد ، لأن
ذلك طيلة لا يقره شرع .

٣٥ — ويسمى حق الشرب حق المجرى ، لأن حق المجرى معناه أن يكون
مسار على آخر حق مرور الماء لصالح سقى الزرع أو اشجار منه إذا كان مالك
الشيء غير مالك الأول ، وحق المجرى ينشأ بالأمر التي ذكرناها أولاً ، في
الأحكام التي تعم كل حقوق الاربع

ثم إن المجرى الذي في أرض الغير (١) قد يكون ملك صاحب الأرض
التي تسقى منه ، وإن كان يخترق أرض غيره ، (٢) وقد يكون ملك صاحب
الأرض التي اخترقها ، (٣) وقد يكون ملكاً مشتركاً لكل أصحاب الأرض التي
تخترقها ، وكل أحكامها ، قوامها دفع الأضرار الخاصة ما استطاع أصحاب الحقوق
في ذلك سبيلاً ، ومراعاة العرف ، وبقاء القديم على قدمه فيما لا اثبات فيه
وإحترام ما يتفق فيه أصحاب هذه الحقوق ، لأن الاعيان شرعية بمعاقد بين فيما
لا مورد للنسب فيه ، ويشترط ألا يكون في الاتفاق جهة نص في الشارع .

وفي الحالة الأولى والثانية وهما إذا كان المجرى يخترق أرض غيره ،
سواء كان المجرى ملكه أم له فيها حق الشرب فقط ، وهو ملك لصاحب

الأرض يكون لصاحب حق المجرى حق السقي منه ، وليس لصاحب الأرض أن يمنع ، والمجرى يعتبر في يد صاحب الشرب منه ما دام يجري فيه ماءه ، وعلى صاحب الأرض أن أراد أن يمنع ، ويدعم المانع بحق له — أن يقيم هو الدليل ، لأنه مدع ، وصاحب الماء مدعى عليه . وإن لم تكن ثمة ماء جار في المجرى ، فعلى صاحب الماء أن يقيم الدليل على أنه له حق إخراج الماء إن كان لا يدعى ملكية المجرى ، بل يدعى حق الإخراج فقط ، وقيم الدليل على الملك بكون يدعى ملك المجرى ، وبما كان عليه هو أن يثبت أن لم يكن في المجرى ماء يجري إليه لأنه في هذه الحال لا يظهر واضح اليد ، بل فتر صاحب العين هو مالك الأرض ، فمصر مدعى عليه ، وصاحب شرب مدعى ، والاست على المدعى ، إذ اليد شاهدة ، وثبت لصاحبها ، ما لم يبق دليل على نقيض ما تشهد . وإذا احتاج المجرى إلى إصلاح ، فتدل به كالأصالح على صاحب الماء ، لأن المزمع لهم . وهو الذي ينتفع بالماء فعليه صيانة صلاحية العين في توصيل المياه إليه ، لأن الإخراج باقيا .

٣٦ — وإن كان المجرى ملكا مشترك لأصحاب الأراضي التي تحيط به ، فمواعد القمة التي تنزع منها أحكام هذا النوع من المجاري . هي (١) أنه ليس لواحد من المشتركين أن يتحكم في ماء مجرى حق بحجره عن غيره (٢) وليس لواحد منهم أن يتصرف تصرفا يضر بحافة المجرى أو يعمد به عمدا من شأنه أن يحوط طريقه أو يؤثر فيه نفسه ، (٣) وإن ما يتفقون عليه في سبيل تنظيم السقي ، وتوزيع التواتر والمياه المحتجزة ، واجب التنفيذ وعلى هذه القواعد تنزع الأحكام المنتزعة من أحكامه هذا النوع من المجاري ، ومنها :

أنه لا يجوز لأحد منهم أن يسكر^(١) المجرى من سده الماء حتى

(١) هذا يسكر يسكر . إذا سده حتى لا يدخل فيه ، ومن هو يسكن منه ، ولا يسكن منه يسكن يسكن .

يسقى أرضه ، لأن سد المجرى يمنع الماء عن أن يسفل منه وهو لا يجوز ، ولأن سد المجرى أحداث شئ ، لم يكن في وسط المجرى ورقته ، وكل عمل كذلك ممنوع إلا برضا الشركاء ، أو بغير شركاء ، في أرقه ، ولشركاء في عين من الأعيان لا يعمل أحدهم فيها عملاً إلا بدين سائرهم .

وسمى من أن تراصوا على أن يسكر كل واحد في بونه ، بعد ما تراصوا عليه ، وكذلك إن أحاروا لأحدهم أن يسكر في بونه خاصة ، إذا كانت أرضه ربوة بحيث لا تصل المياه إليها إلا إذا سكر المجرى ، لأن الحق لهم ، وقد أحاروه ، ولأن في ذلك دفع الضرر عنه ، لأنه لا يستطيع التقى بذلك .

ب أنه لا يجوز لأحد منهم أن يسق من المجرى مجرى صغيراً أو ينصب عليه حاجزاً^(١) ، أو يوسع فتحة المجرى وغير ذلك من الأعمال التي من شأنها أن تؤثر في عين المجرى ، وتنعص مياهه بحيث تؤثر في نصبة سواه ، ولو كانت أرحا في أرضه ، ولا تشف ماء السيل ، أو تنقبه بحيث تضرب بغيره من الخطأ ، فليس لأحد منعه ، لأنه يصرف في ملكه الخاص ، وليس في تصرفه ضرر بين بحق بغيره ، ومن يمنعه في هذه الحال ومع بناء يصل إليه بلا ضرر — تمتعت بصدد الأسرار ، فلا يلتفت إلى اعتراضه ، لأنه ليس به من الحق إلا دفع الضرر عن نفسه ، أو مع مير من التصرف في ملكه ولا شئ من ذلك هنا .

ج أن الشركاء إن اتفقوا على بونات رمانة بحيث يكون لكل بونته يسقى فيها وحده بعد ذلك الاتفاق ، وكان لكل منهم شربة معلوم ، وزمه الحدود ، وليس لأحد أن يسقى في شرب غيره إلا بالرضا ، وإن احتصوا ، ولم يتفقوا على طريق للسقى ، ولم يعرف مقدار ما يستحقه كل واحد من الشرب في سائر ، ولا منه لأحدهم على مقدار ما يستحق ، حكمت الأراضي وقسمت المياه بونات يسهم على حسب مقدار أراضيهم لا على حسب عدد رؤوسهم ، وذلك لأن معبود سقى الأراضي ، وإضافة إلى ذلك تختلف ثقل الأراضي وكثرتها ،

(١) الرجا المراد بها هنا الساقية .

والظاهر أن حق كل واحد منهم من الشرب بمقدار أحصاه ، وتقدر حاجته وهذا الظاهر يؤيده ، وإن احتراجه عند انتفاضه ، ما لم تعين لأدلة على تقيده ولأن حق الملك لكل واحد من الشركاء ثمرته تظهر في الاستيلاء على الماء للسقي والماء لا يمكن اثبات اليد عليه حقيقة ، لأنه لا يمكن أن يقع في قبضة أحد وهو ماء حر ، وإن يكون اثبات اليد عليه في هذه الحال بالاستعانة به تأسى وهذا الاستعانة بتفاوت تفاوت مقادير الأراضي ، فتدوير اليد عليه تبع لذلك وعلى ذلك يورع الماء على حسب مقادير الأراضي ما لم يتم دليل يثبت غيره

اصلاح الأنهر والساقى

٣٧ اصلاح الأنهر العظام والترع لعمامة على بيت المال (١) لأن مدفع هذه الترعة ، وتلك الأنهر للكافة ، ومال بيت المال معد مصححهم فكان الاتفاق على اصلاح هذه الأنهر والترعة منه .

وإذا كان بيت المال حايما من مال ، كان تكون الدولة في صانعة مابة ورادت بمقتضى على موارد ، والسيل قد طم ، وحسور السيل أو الترعة تحتاج إلى التقوية ، حتى لا يهدت الررع والسيل ، في هذه الحال يكون لولى الأمر أن يحجر الناس على الاصلاح ، لأن تركها من غير اصلاح ضرر عظيم ، وولى الأمر قد نصب راعى لمصالح المسلمين ، ناظرا لمصالحهم ، ويعيد أن يفعل ما عليه طائعين ، لأنه قد سبق العواء على مصالحهم محترمين ، ولقد قال عمر رضى الله عنه لو تركتم بنعم أولادكم ، فكان من المنفعة وإسياسة اشريعة إحداثهم . وطريقة الاحجاز هي أن يحجر القادريين المطيعين على العمل ، ويحجر الأغنياء المومنين على دفع أحور من يعمل ، لأنه لا سحرة في الاسلام ، ومش ذلك تمهيد الحيوش في حال الخطر الداهم ، فانه يكون العمل على من يطيقون الجهاد بأنفسهم ، والاتفاق على مباسير الأمة ، ويكون كل قد أسهم في حدود هؤلاء أموالهم ، وأولئك أنفسهم ، وكل فصل .

٣٨ ود كان هر ثوبكاً لوحاً ، الخصة وصاحبه على كل من به شرب فيه ؛ لأن منفعته لهم على الخصوص ، فثبوتها الإصلاح عليهم ، لأن العزم بهم ، وقد عسوا مباحه ، فحق عليهم الحرص في سببه ؛ ومن أنى منهم أحذر ، ودا امتنع كل لشركاء في شرب بحرى ثبوتها لهم عن الإصلاح لا يحجرهم أحد ؛ لأنها اقتضت الحق فيه ، وانصرر اللاحق به يسب من حبسهم ، وهم أحرار ، ودا انصر لا يتجورهم ان عزم .

٣٩ - وتوزيع تكاليف الإصلاح على الشركاء في شرب حاص طريقتان : احدها طريقة أبي حنيفة رضى الله عنه ، وهي ان يبدأ في الحرص الأعلى ندى يسرى منه أعلى لشركاء أرضه فصلاح هذا الحرص ، وتكون مثوبة صاحبه عليهم جميعاً سبه ما هم من مقدير الشرب^(١) ، ودا أصبح هذا الحرص ، بتكاليف الإصلاح في غيره ، ، يكن على صاحب الأرض العليا مثوبة في اصلاحه ، وانه لا يكون صاحب أرض من مثوبة الإصلاح إلا ما فوق أرضه ، ، قائم ، وليس عليه من مثوبة اصلاح ما هو أسفل من أرضه شئ . ، ووجهه طرأ في حنيفة في ذلك ان مثوبة الكرى هي مثوبة الانتفاع بسقى الزرع وشجر ، والشخص لا يتمتع من المحرى الا بشجره الذى يقابل أرضه . وما هو على منه ، ولا يتمتع من المحرى تد هو أسفل من أرضه ، وعلى ذلك لا يكون عليه من مثوبة اصلاح الأسفل شئ . مطلقاً .

وطريقة الثانية ، طريقة احمد بن حنبل هي ان توزع اشكالهم جميعاً سبه مقدير شربهم ، ومن في ذلك سواء لا تميز صاحب الأرض العليا على الأرض السفلى ، لأن كل واحد منهم يتمتع بالمحرى كله أعلاه وأسفله ، ومنفعة صاحب العليا أسفل المحرى واضح بين ، لأنه يباح الى ارسال الماء اراد عن صاحبه ، اذ لو ستم واقتضا مع تدافع موزده ، ومن الماء على أرضه ، وأفسد رعه ، وهذا وجه خطير من وجه انتفاع الأعلى بأسفل المحرى ، فكان عليه

(١) سواء أكانت مقدرة بين الثوبات أم بعد اقتضات اللازمة لصبره ، أم سبه .

من اصلاحه قدر معلوم . ولذا يكون الجميع سواء ، ولا تفرقة إلا بمقادير الخصاص في الشرب .

٤٠ — وليس على أهل الشعة شيء من الإصلاح ، وذلك لأن المقصود الأول من حصر الأمهار وكرهها ، سقي الأراضي حلت اروع ، وثمر الأشجار وحق الشعة يحى ، مانع ، لا يقصد الأول ، والإصلاح إنما يكون على من يبالغ في التمتع المقصود ، لا التمتع السعى . ولأن من لم يحم حق الشعة لا يحصل عددا ولا طريقة عدده ، لأن كل من يجر هذا الماء سواء أكان مسافراً أم مقيماً له أن يشرب وسقى دابته ، وأحد ما يدر به حاجته من الماء ولا مؤونة على من لا يحصل لأن وجوبه إنما يكون على شخص معين بالذات .

حق المسيل

٤١ - حق مسيل . هو حق مرور المياه غير الصالحة أو الزائدة عن الحاجة من ملك العا ، سواء أكان ذلك ماء مسيلاً من البوئ أو ماء مطر ، أم ماء غير صالح يرى الأراضي الزراعية ، ومن المصلحة تسيبه ، وعلى ذلك يعتبر من حق المسيل (١) حق مرور مياه الأمطار بأرصاد من مياها في الطريق العام أو الخاص أو غيره ، في ملك الخزان كات لا تنقل إلى الطريق أو المسيل له . إلا بمسيل في ملك الخا^(١) ، ويثبت ذلك الحق بالتقسيم أو بادن لذلك . (ب) ويعتبر من حق مسيل حق مرور المياه مشتملة على فصائل أميوت في المجاري العامة ، لأن ذلك من تسيب الماء غير صالح . (ج) كما يعتبر من حق مسيل حق تصريف المياه التي لا تستفيد منها الأراضي يعزل بحوا مياه صالحة . وإذا ثبت حق مسيل يعتبر على عتار آخر استمرار ثباتا حتى سقطه صاحب العقار يرتفع ، وإذا سقط لا يعود كسائر حقوق الارتفاق له هو مقرر من القواعد المتبعة وهو أن السقوط لا يعود ، ولا يسقط حق المسيل بتغير صفه العقار من ستن

(١) كان يحسن في ذلك التسمية أن يسمي شخص ماء المطر مسيلاً على داره من سطح داره ويكره به على سطح داره حق المسيل ، ومن ذلك لا ريب في ذلك لاستلزامه أن يكون فيه الأمطار والتبويح .

ان دار^(١) ، أو من حرية الى عامرة ، واداً حصص حلل في لميل الحصص ،
وصلاحة على من لمع حق لميل فيه ، لأنهم لمستعوى عليهم الاصلاح ، واداً كان
اصلاح لميل لا يكون الا بالحوول في أرض من يحرق لميل في أرضه أو في
دوره كان له أن يدخل الأرض للاصلاح ، فان سمعه صاحبه من الحول كان له أن
يأمره عن طريق القضاء بأحد أمرين : إما أن يقوم باصلاح لميل ، وإما يحكمه من
اصلاحة .

وإذا أهمل صاحب حق لميل لميل ، وصار مصدر أدى ، وضرر غيره ،
أمره القضاء باصلاحه ، يدفع الضرر ، ويميط الأذى

٢١ : من المرور . وهو أن تكون للشخص الحق في الوصول إلى
عمره وحده أو معه ذواته . وقد يكون الطريق له أصل عقار مملوكاً له ، وقد يكون
غير مملوكاً له ، ويكون له حق المرور فيه .

وحق مرور من الطريق العامة ثابت لكل انسان ، وممر كل عقار متعلق
به بالطريق ، وبكل أن يمر من هذا الطريق بلا قيد ولا شرط ، ولكل صاحب
عقار متعلق به أن يفتح باباً عقاره منه من غير قيد ولا شرط أيضاً . وذلك لأن
الطريق قد حصص لمصلحة الكافة ، وليس لأحد حق فيه أكثر من الآخرين ،
وليس لأحد فيه حق على حده الخصوص ، وإذا كان كذلك فلا يمنع من الارتفاق
به أحد ما دام يرتفق في الدائرة التي حصص لها الطريق .

ولأن الطريق العام قد رصد لارتفاع العموم لم يسمح لأحد أن يحدث فيه
ذكاً أو قصداً أو حرصاً^(٢) إذا ترتب على ذلك ضرر عام . ولذا قال شمس
الأئمة « ان كان الأحداث يصرون أهل الطريق ، فليس له أن يحدث ذلك ، وان

(١) جاء في جوهر النوى : لا رجل به ممر في بيت أو في صاحب امتياز منه ،
فمن المشتري جسد داراً ليس به أن يطل حق لميل ، لأن حقه لا يطل عمل
البيتان داراً .

(٢) المرحون كله معونه فعمدها ادخلة الى على حرة من غيره الطريق أو هو
صاحب المملوك .

كل لا يصير بأحد سمعه الطريق حرة له احداثه فيه ما لم يمنع منه ، لأن الاستماع في الطريق بالمرور منه من غير أن يصير بأحد حائراً ، فكذلك كل ما هو مثله فيلحق به اذا احتاج اليه ، واذا أمر بالمادة لا يحسن له نفعه عليه الصلاة والسلام « لا يصير ولا يصار في الاسلام » وهذا يصير من عليه الدين ، ولا لا يصير انما يصير اراطه صاحبه ، ولو لم يظلمه حرة له تحريمه ، وعلى هذا القعود في الطريق للمنع والشرع يجوز ان لا يصير بأحد ، وان أمر له بحر «^(١)

ومن هذا المنع به ان الرجل له ان يحدث في الطريق ما لم يصير «مروراً» فيه وما لم يمنع منه ، فاما مع من لا يمنع له ذلك . وسرت ما مثلاً بالدين اذا لم يصاب . ولكن من الذي له ان يمنع ويغرض على حرة ، ويخاصمه فيه . فان أبو حنيفة كل أحد من الناس ان يمنع من المصحة ، وان كانه رفع ما وضعه ان كان قد وضع شيئاً . سواء كان فيه صراحة أم كان داوياً وضع غير ادن الامام ، لأنه يكون في هذه احد قد اقتضت على الامام ، واعتمد على حق ولي الأمر ، لأن تدبير الأمور التي تتعلق بكافة واحاطة غير غير ، ومع انما بولي الأمر وحده ، فمن فعل من سيرة اذنه في الطريق شيئاً فقد اقتضت عليه ، ومن اقتضت على ولي الأمر كان كل واحد سمعه .

وقال أبو يوسف سأل الله عنه شكل واحد من اساس ان يمنع من الموضع قبله فاداً وضع ما ليس فيه صراحة يس كل واحد سمعه ، وهو وضع أمير ادن الامام . وذلك لأن الموضع حل له يدا خاصة على ما وضع عليه ، فله ان يمنع ويخاصمه من اساس منعته ما دام لا يدفع أذى باله أو من غيره . وانتمعت لا تقتضت اليه . وأما قبل الموضع فان يريد احداث شيء في الطريق من صفة ومحوها انما يريد وضع يده الخاصة على ما هو تحت يد الناس كافة . فكل كل واحد سمعه من هذا الموضع قبل ان تكون له يد خاصة .

وفى محمد بن كل واحد سمعه لا قبل الموضع ولا بعده . ان الامام له

نوم يأتى ، لأن العمل ما دام لا يصير فيه لأحد فهو مأذون فيه شرعا ، سواء أذن
الأمم أم لم يأتى : وما دام الفعل مأذون فيه شرعا ، فليس لأحد منعه ، لأنه
ذا كان لمع غير سائق عند اذن ولى الأمر ، فالأولى يكون غير سائق عند اذن
الشرع : لأن اذن الشرع أخرى وولايته أقوى .

وربى أنى حيفة فى نظرى هو توجه هذه الآراء ديلا ، وأسدها نظرا .
لأنه لا مقياس معين للضرر وعدم الضرر إلا اذن الإمام ، فيجب أن يجمع
شخص ما دام الامم . يأتى ، ويتولى لمع جمهور المسلمين وهل الحسية .
مكون ثمة تعاون على تصحيح الأمور . وما وله محمد رضى الله عنه قائم على أساس
نه لا يصير ، فهو مأذون فيه شرعا . وذلك كلام فيه نظر (١) لأنه لا يعلم أن فيه
صرا ولا إلا تقدير ولى الأمر لأن مقياس للضرر أو عليه تقدير الإمام ، وليس
هذى يريق (٢) ولأن اذن الشرع فى الاستماع انما هو بمرور فقط برصد ولى
الأمر هذا اعتد للطريق العام فاسم له غير لمرور استعمال فى غير ما حصص له ،
وتحتاج الاستماع بغيره ان اذن حديد من ولى الأمر يسوع هذا الاستعمال ،
لا يغير الشارع قد اذن ، حتى يأتى الامم .

وكذلك رأى أنى يوسف بقوه على أساس فيه نظر أيضا : لأن اليد الخاصة
انى أنتهى الوضع يست بدا محترمة بل هى بدافئة ، لأن شخص ارتفق شىء ،
فى غير ما حصص نه ما دام الامم لم يأتى ، واليد السطة لدوى شأن زانتها .
وكل الناس فى هذا ذوو شأن (٣) .

٤٣٥ — فى الطريق الخاص ، وهو ما كان بين جماعة مخصوصين
فلا يرتفق به حصص ذله . فله وحدهم حق فتح الأبواب فيه ، وليس لأحد سواهم
أن يفتح باب عقده فيه ، اذا كان باب عمارة من ضربين آخر ، الأبادن منهم ،
ووجود قسم لا يعرف الخيران أوله ، ولو كان قد أعلق ناه على هذا الطريق ،

(١) والممول به الآن أن أى ارتفاق فى الطريق العام سيد المرور يحتاج الى ترخيص خاص
من أول الأمر فكأنه بغير مقتضى مذهب أبو حنيفة

لا يسقط حقه ، بل له ولن يملك المصار من هذه أن يعيد فتح ذلك الباب الذي كان قد أقبله صاحبه (١) .

ومع أن فتح الأبواب على الطريق الخاص لا يكون إلا بذن أهله أو وجود قدمه ، فلو رآه أن للمصانة أن يتروا منه ، ويسيروا فيه إذا اردحهم لطريق عام ، فهذا كان الكفاية ارتفاق بهذا ، وفي هذه الحدود

ولا يصح لأحد أن يحدث شيئا في الطريق الخاص يحول طنه أو حرصه وغير ذلك ، لا بد من مرتفعين به الارتفاق الخاص ؛ لأنه كملك مشترك بينهم . ومن لأحدهم ، أن يحدث فيه شيء إلا بئسهما جميعا ، وذلك يعتبرون شركاء في الحقوق . وهذا الاعتبار نجح الشفعة بينهم ، وانصرف في الملك مشترك لا يجوز الاتفاق لشركاء ، ما دام ذلك تنصرف على غير الاتفاق الخاص الذي وحده هذه الشركة

ولكن يس لأهل طريق حص أن يفتوا في بينهم على سنده وراية لأن للكفاية حقا فيه ، وهو حق مروج عند تردح المصروف ، وحقيق بأسيرهم لأمر عارض أو شك كل دائم . ولهذا الحق احترامه ، ووجوب مراعاته ، وفي إراة طريق الخاص باعاق أهله إهدار له ، وذلك لا يجوز . وبذا جاء في جامع المصروفين مدحه : « من لأهل السكة أن يمدحوا على رأس سكهم دراهم ، ويسدوا رأس السكة ، لأن من هذه ، وه كانت مذكاة لها لأنها ، سكن بمصانة فيه نوع حق وهو أنه إذا اردحهم الناس في الطريق ، هم أن يدحجوه ، حتى يحف الرادم . وقال أبو حنيفة في سكة لأبند ، يس لأصحابها مباحا ، وو عتوا عليه ، ولا أن يسموها فيما بينهم : إذ الطريق الأعطه إذا كثر الناس فيه كان لهم أن يمدحوا هذه السكة حتى يحف الرادم » .

(١) راجع المادة ١٢٢٢ من المجلة ، ومع : « إذا ساد أحد بأنه الذي هو إلى الطريق حص لا يسقط حق من ورد سنده إليه ، مبدور له ولئن اشترى منه أن يقتضيه تابا » وهذه المادة مأخوذة من الفتاوى العادية في باب الخطا .

التصرف في حقوق الارتفاق

٤٤ — اعتقت كلمة فقهاء الحنفية على أن حقوق الارتفاق تورث تابعة للمقار : لأن الورثة خلفه ميت في كل ما يثبت من مال وما تنصل بهذا المال من حقوق ، فسرى اليهم الحقوق بهذه الخلافة كما سرت اليهم ملكية الأعيان . وفي عبارات كتب الحنفية ما يدل أن هذه الحقوق معددة تنقل بالميراث إلى الورثة ، كما انتقلت تابعة للمقار ، فقد جاء في « الشرح في السكك وشرحه » : « ويورث اشرب ، ويوصى بالانتفاع بعينه ، لا يباع ولا يوهب » والفرق أن الورثة جاء به الميت ، فقومون مقامه في حقوق ميت ، فلا كراهة ، فمجرد أن يقوموا مقامه فيها لا يبحر تخليصه بالمعاوضات والسرعات كالدين والتمتع وجر « وهذا المعاني خمسة ميراث ينطبق تمام الانطلاق على سائر حقوق الارتفاق ، وقد جاء في مدني « ونهريته (اشرب) » لأن الأرض لا ينف على الميت لا بحالة ، بل يثبت في حق الميت ، كما يثبت في حق كحيدر لعيب ونحوه » . وهذا أيضا يسرى في سائر حقوق الارتفاق كما سرى في ابيع ، وترى مثل هذه المتوص في السكك الغنية التي تعي فاعين ، ورد مسائل إلى نصوص ، والأحكام في أسماها كهداية وغيرها من مذهب كتب مذهب ومنها استعدادها تورث تابعة للمقار ومعددة ، ولم أشر على نفس الجمع صريحا تلك الغنى ، وما تقتضيه من مساواة كل حقوق الارتفاق بالمتعة ميراث

ويصح أن يوصى به مع اشرب المتوكة رفقة بوصي ، ويكون ذلك من باب الوصية « سابع » ، وهي سابعة في مذهب الحنفية ، وحذف في ذلك أن في يلى على نحو ما علمت ، « لأنه وصية بالانتفاع صر كوصية « سكنى وكل لا » من تعيين بوصي له ، فداد ما وصى ميت لموصى له بمتعة اشرب ، ولكن مدة حياته فقط لأنه ملك بمتعة في هذه الحالة . وملك لمصلحة لا يكون إلا في حياة منفع ، وهذا جاء في البدائع ما نصه : « ويوصى به (أي ناشرب) حتى لو بقي رجل أن يبقى أرضه مدة معلومة من شره حرب الوصية ، وتعتبر من

الموت ، لأن الوصية ، وإن كانت تملكها ، فكما تخليك بعد الموت ، ألا ترى
 أن الموصي له لا يملك الموصى به في الحال ، وإنما تملك بعد الموت ، فأنه الميراث
 فإذ أحصل الارث احتمل الوصية التي هي أحب ميراث ، وإذا مات الموصى له
 تطل الوصية ، حتى لا يصير ميراثا لورثة الموصى له لأن الشرب من معين من
 من هو حق من ، وشبه الخدمة ، ثم الوصية بالخدمة تطل بموت الموصى به
 ولا يصير ميراثا فكذلك الوصية بالشرع ، ولو وصى أن يتصدق بالشرع على
 المساكين لم يصح ، لأنه لما لم يحتمل التصدق ، استوى فيه الحال والأصالة
 أي ما بعد الموت بالوصية « ومن هذا يعلم أن الوصية بالمدايع الشرب الموكلة
 رقبته حارت لأنها وصية بالمدايع ، إذ يقول هو شبه الخدمة ، وفيه كل خواص
 الوصية بالمدايع ، « سئل أن ملك أمانة بالشرع تنتهي بوفاء الموصى به ، ولأنه
 لا يعد في نظري ما يملكه الموصى له من الاستعاضة بحق الشرب بهذه الوصية من
 قبيل الارتفاق ، بل من قبيل الاستعاضة الشخصية ، لأن ما يملكه ليس حقا مقرا
 لعقده على انعقاد آخر بحيث ينتقل مع العقار إذا باعه أو هبه أو نحو ذلك ، بل
 هو حق شخصي له ، ينتهي بموته ولا ينتقل إلى غيره ، وهذا لا يستطيع أن يتحول
 به سبب تلك الوصية يكون حق الارتفاق على شرب الموصى ، بل له حق
 استعاضة فيه .

٤٥ - وقد اتفق الفقهاء على جواز بيع رقبة الشرب ، ولطريق ،
 والمسبب لأن رقبة الشرب ونظريه عند معين محدود معروف المقدار ، لا جهة
 فيه ولا عر ، بخلاف بيعه بجميعها مستوف الأركان والشروط ، وفي المسبب
 فلا يجوز بيع رقبة إذا كان مقدار ما يسبب فيه الماء غير معين للجهة وللعر ،
 وأم إذا عين مقداره وعرفت حدوده فمحمور بيعه في هذه الحال ، لأنه مبيع معلوم
 المقدار ، محدود بالجهات ، فلا مانع من بيعه ومثل البيع في هذا كله العقود
 التي من شأنها نقل الملكية ، كالخمس والوصية ، لأن المصرفات الواردة على الرقبة
 لا تعدو التصرف في عقار ملوك ملكا حاصا ، محدود معلوم المقدار .

وأما بيع حق الشرب والصريق والمسكين مفردا ، فتخلف فيه بعض
ثبوت الحقوق عن بعض الآخر ، فمسئله بانعاق الروايات في مذهب أبي حنيفة
لا يصح بيعه مفردا عن العذر : لأن الأصل في الحقوق أنها لا ترد عليها
انقصرافات شرعية مفردة : ولأن بيعها مع ما فيها من حالة لمقدار الارتفاق
عقد على محمول ، فلا يصح ، بل إن لمعده عليه عقد على ما هو معدوه في الحال ،
وغيره لا يصح محلا للعقد إلا على محالة للقياس . ومحالة التماس يكون بعض
مسووع محالة . فعرف دافع إلى استحسان ترك القياس ؛ ولا نص ولا عرف
في هذا منه يترتب القياس لأخيه في المسئلة فتقضى على الأصل وهو عدم حوَر
بيعه مفردا .

وأما بيع حق الشرب مفردا ، فقد حلت الروايات في مذهب أبي حنيفة
فيه في ظاهر الرواية أنه لا يصح أن يباع في عدم صحة بيع مسيل مفردا
دهى فأنه هـ في حق الشرب ، وذلك كلام ممنون ، لأن حق المسيل والشرب
كلاهما ليس مالا ممنوعا في نظر الجمعية على ما بين في حقيقته التقوم وعدمه
عندهم ، فانساق مصق مذهب كان يقضى بتساويهما . وأرواية إن يبيع يقول إن
بيع الشرب مفردا يصح . وهذه الرواية أخذ أهل بيع ، وذلك لأنها
تعرفوه واستساعوا بيعه ، ولا شك أن العرف يحرم محالة التماس والتواعد
الحقيقية . لأن ما رآه المسلمون حسا ، فهو عند الله حسا ، ولأنه مقدار من الماء
مسلم به ولو أنه غير معلوم ، فحاز ورود انعقد عليه ، وهو بهذا يفترق عن حق
مسيل وأمرور ، وهذا جارح به عند بعض الفقهاء وفي بعض الروايات ، ففي رواية
آخر لأسلاف الردوى ، أن حق الشرب يضمن ما يشرب من سقى الشخص في
نوته وحواره . وأهل الرأي الأول يردون كل هذا ، فيسكرون أن يكون تعاضل أهل
مدمة مسووع محالة التماس إنما العرف لمسووع محالة التماس هو عرف جميع الناس
أو المسلمين حتى يكون قريبا من الإجماع كحال في الاستسراع والسلم والاحارة
في نص الجمعية ؟ ، كون الشرب يضمن عند بعض العلماء لا يكون حجة ملزمة لمن

لا يرى رأيهم ، بك الأوامر بالانقياد ، والانقياد بالوحي مقبول نتائج من يراه ،
لا شيء لا يراه ، فيلزم بتمسكه الضمان ، وعند حوار السمع منفردا من رأي الضمان ،
ولا يكون الضمان حجة على من لا يراه ، وهم أكثر الفقهاء . وأما الحكم بأنه
مستلزم من الماء فكلام غير مستقيم وغير موضح للبيع . لأنه أولا غير معهود ،
وسميح لا يرد على غير معهود ، وثالثا من تمسكه لصاحب الشرع : لأن الله
الذي يحرم حريا مناسبا لا يستلزم تمسكه لأحد على ما قرأنا . وسبع ما لا يملك
لا يصح . ألا ترى أنه مسح بدل نعلق حق الشفعة به بلا ادن ملك المخرى ،
ولم يحل لا يكون محلا للعقد قبل اقراره . وبذلك كله كان ابراهيم عند فقهاء
الحنفية عدم صحة البيع منفردا : وسكن أو تعرف اناس حقيق جدا لبيع منفردا
لساغ ، ولكن قولنا راجعا .

وأما بيع حق الطريق منفردا فيه روايتان : ينفرد رواية الزمادات بخواتمه
برويته صاهر الرواية تاسع وهو ابراهيم لم يذكر من الأصول . سادسة في حق
ميسر ، ووجه الرواية الخيرة أن حق الممر معهود تنفذه بمحل معهود محدود غير
بيعه ، وسكن ذلك لا يدفع أنه ليس بمحل معهود في نظر الحنفية ، وانفرد لا يجرى
في غير المتقوم . لأنه لا يصح محلا ، متعدد على ما أسلفنا . وأما بقول فيه ما قلناه في
أشهر . انه ان وجد عرف الناس شيئا لبيع ، ولو حقا الرواية الأولى

وكل ما ذكرنا من أحكام بيع هذه الحقوق منفردة يسرى على كل عدد
لتمسكات كما أشير ، سواء كانت تملك للأشخاص أم لمصالح ، وفيه حقوق
لارتفاق منفردة لا تخور كما أن بيعها منفردة لا يجرى في الجهة

٤٦٨ . وما ذكرناه كله انما هو في بيع حقوق الارتفاق منفردة أم يبيعها
بعضه للعقار المرتفق به فخر ياتى ، وكذلك كل تصرف في العنصر يصح أن يتصرف
في ضمنه حقوق الارتفاق ، تبعية ، وذلك لأنه يشترط شيء من ما لا ينته
مفسود . كخروج في منفرد لا يصح بيعه منفردا عن السقف ما دام فيه ، وسكن
يخرج في ضمن البيت الذي هو فيه ، وكأطراف الخيول لا ينفرد عنها بيع وهو

حتى ، وسكن يثبت عسب البيع وهي أجراء فيه ، وكما نحن لا يصح العقد عليه معردا ، وهو في نص أمه ، وسكن يدخل في ضمن عقود التملكيات ، ويريد في قيمة أمه ، ونصير ذلك في الفقه الاسلامي كثير ، قد تجاوز الحساب والاحصاء .

وسكن عقود تختلف من حيث وجود نص على ذكر الحقوق فتدخل
 دائرة المقدر ، فعند مدخل فيه هذه الحقوق من بيع نص عيب ، وبعضها لا تدخل
 فيه الا نص عيب ، وما الأتي في عقود التي يكمن من منتفاه تملك مسعة
 كما مقصود بنات كالأجرة وموقف ووصية مرفوع ، وما ساه مقصود
 التي منتفها تملك حين تملك مقصود ، مثل بيع ، وهبة ، وصدقة
 ووصية تملك الأعباء ، وحين مقدر من بيع ، وما من مسيح ونحو ذلك
 ، ثم كل أحد من ذكر هذه الحقوق في عقود تملكيات ، ولا تدخل من غير
 من شطب كذا ذكر كله حقوق ومرفق . لأن هذه مقصود مقصود
 ، وتثبت رتبة ، وتثبت رتبة في دله لا يخرج في هذه حقوق ، ويست هي
 له له ، لأن مرفق لا يخرج ، بذلك كذا لا يدخل في بيع من غير نص عيب ،
 وقد قرر في هذه مرفق في شرحه للكلام هذه لأستاذ (في حقوق
 الارتفاق) رتبة من وجه من حيث أنها مقصود الاستماع ، بيع دون عيب ، ونص
 من وجه من حيث أنها يقصور وجودها دون بيع ، فلا تدخل في بيع الأبد كذا
 حقوق ومرفق ، وهذا لأنه قد يشترى للبيع فلا يلزم الشراء الاستماع به ، وقد
 يشترى الصرق بعد ما اشترى بيع .

وما العقود التي تكون الاستماع فيها هو من مقصود حقوق الارتفاق
 فيها ، رتبة المقدر ومحملة فيها للتسمية ، لأن الاستماع لا يكون لا حقوق الارتفاق
 فكأنها قد دل عليها بطريق التضمن والاقتران ، وكأن عقد مشتمل عيب
 من غير نص بضمها ؛ وما لو نص في سند الأجرة على إنشاء حقوق الارتفاق
 طال عقد ، لأن منتهى ، وهي مقصود عنه فيه تكون غير محققة وغير ثابتة .
 ويكون قد عقد على أمر غير من الموقوف ، فلا يصح

حقوق الجوار

٤٧٨ — اعتبر المدعون مدعى حقوق الجوار من ضمن حقوق الارتفاق .
 و اعتبر فتح المطالعات ، و حق الملو واسف ، و اتحاد حصص بين الأسية ، و أحكام
 الجدار مشترك بين حارين ، اعتبر كل هذا من أحكام الارتفاق . و سكن الفقه
 الإسلامى يفرض بين هذين النوعين من الحقوق ، لأن لكل منهما أساسا يعوق
 عنه يختلف عن الآخر ، فتقوم هذه الارتفاقات كونهما تكليفا على العقار لمصلحة
 لعقار يرتفق ، فهى حق عينية ثابتة على العقار . و هو من نوع اشركة فى العين
 التى تتعلق بها الارتفاق ، و إذا كان عقار حق الشرب من بحرى بحرى فى عقار
 حر كل بين صاحبه امتدتين شركته فى حق لشرب ، و كذا إذا كان لعقارات
 حق المرور من طريق كاس بين ملك شركته فى حق المرور ، ولو كان بعضهم
 ماسكاً بقرعة الطريق ، و الآخر من هدايتهم حق الارتفاق به . و بهذا الاعتبار
 تست الشفعة . و يكون مذهبك اشركة

أما حقوق الجوار ، فتقدم على جميع الضرر ، لحد حديرا به فاحش فى سبيل
 انتفاع الشخص شركته ، فهى فى الواقع تقييد لانتفاع ملك لعقاره تقييد أن
 لا يضره جاره ، و مبرة موجبة أن يعرف بين حق الارتفاق وحق الجوار أن
 حق الارتفاق حق ايجافى متمتع ، و حق الجوار حق سلبى ليس إلا . و
 لا ضرر ، و اماطة الأذى ، و بهذا الاعتبار تست الشفعة ، و إذا يتأخر الحق فيه
 عن أصحاب حقوق الارتفاق .

٤٨٩ — و حقوق الجوار أما أن يكون مشؤها بجوار بين صاحب الملو
 و صاحب اسفل ، و أما أن يكون مشؤها الجوار المطلق . فإذا كان مشؤها مابين
 صاحب الملو واسف كانت أقوى و أشد . و لذلك أجمع الفقهاء على أنه لا يصح لأى
 واحد منهما أن يتصرف فى ملكه تصرفا يضره الآخر ؛ لأن ملكه لم يخلص له
 بارتفاق به حق غيره . و حق صاحب الملو متعلق بالملك ، و حق صاحب
 الاسف متعلق بالعلو ، فملك كليهما ليس حاصلا . و إذا كان الملك ليس حاصلا من

حقوق متعلقة به ، ولا يجب مراعاتها عند كل تصرف يصرفه الشخص في ملكه
وقد قسم الفقهاء التصرفات الى ثلاثة أقسام . القسم الأول . تصرفات تصرف
أحد الحارين بلاريب كأن يهدى صاحب العسل سلة ، وكان يفتح بابا فيه .
وهذا النوع من الأعمال ممنوع بالحق ؛ فيه من الضرر المؤكد ، والأضرار لحق
مصرف صاحبه بربها هذا بالتصرف ، فهو يقبل الأمر ثم من جهة ، ومن حاول أن
يقص أمرا ثم من جهة ، فحاوله مردودة عليه .

القسم الثاني . تصرفات لا تصرف واحدا منها بيقين كدق سمارة أو إصلاح
أحدها ملكه سحر صلاه الخدران وغير ذلك مما لا يصير بالآخر يقينا ، وهذا
التصرف مباح غير ممنوع بالحق المذهب ، لأن احتواء حق الآخر يكون لعدم
الأضرار ، ولا إضرار به بيقين ، فلا يمتنع

القسم الثالث : تصرفات يحصل الضرر وعدم الضرر ، ويشكل أمرها ، فلا
يذكر عند إتيانها أن ينعقد ضرر أم لا ، ومن ذلك أن يفت صاحب العسل
كثرة في سلة ، أو يبي صاحب نمل عرفة ، أو يضع حدونا فوق الباب . وفي هذا
النوع من الأعمال خلاف . فأو حصة يرى فيه المنع ، ولصاحبان يريان فيه عدم
منع ، والخلاف في هذه المسألة قائم على خلاف بينهما في الأصل في تصرفات صاحب
نمل وصاحب اسفن ، فأو حصة يرى أن الأصل في هذه التصرفات المنع إلا
ما قام الدليل على أنه لا يضر فيسوع . ويرى صاحبان أن الأصل الإباحة إلا
ما قام الدليل على أنه يضر فيمنع ، وقد استدلل كلاهما لأصله . فاستدل صاحب
الأصاحبا بأن كليهما يتصرف في ملكه ، والأصل في التصرفات في ذلك الإباحة
لا المنع وكون حق أحدهما قد تعلق بملك الآخر لا يهدم أصل الإباحة ، بل يقبده
عدم الضرر ، وعلى ذلك تكون إباحة التصرف التي اقتضها الامتلاك ثابتة لم ير لها
تعلق حق الآخر بها ، وللعكس يكون عند الضرر ، فإن وجد منعت التصرفات التي
تؤخره ، وإن لم يوجد رجعا إلى الأصل الثالث بسكينة ، وهو الإباحة ، وفي حال
احتمال الضرر وعدمه لم يشتت الضرر ، فمقتضى الإباحة قائمة عاملا ، عدم وجود شرط

المع مـ ، ومن جهة ثانية لا يصح أن يجعل نعلق حق الآخر مـ من التصرفات
لذاته ، بل يجب أن يجعله مـ من التصرفات لمـ يكون مـ من الضرر بدليل
الاماحة مـ لا ضرر فيه بالتفق ، وإذا كان أثر حق الآخر مـ فقط مـ فيه الضرر ،
فما لم يقد دليل على ضرره لا منع فيه ، فلا يمنع ما احتمل الضرر وغيره .

واستدل أبو حنيفة بما قرره وهو أن الأصل المـ (١) أن نعلق حق الغير
معين من الأغنياء بقيد تصرفات مالك فيه بقيد وهو رضا صاحب الحق ، ألا ترى
أن استأجر لأن له حقه في عين المسأجرة يكون معه موقوف على رضاه ، وكذلك
حق المرتهن يقف البيع وكل التصرفات الشرعية التي تشبه على رضاه ، وذلك
لأن الحق لمتعلق معين من الأغنياء بحقه فجميع أصناف التصرف في العين ، وبذلك
يكون الأصل في العين متعلق مـ حق للغير منع من تصرفات ، وإطلاق مـ
يكون سبب جديد ، وهو مـ (١) صاحب الحق

(٢) واستدل أيضا أبو حنيفة أن من له حق في عين فله نوع ملك فيها ،
ومن يتصرف فيها فهو يتصرف في ملك غيره ، ولا يصح التصرف في ملك الغير إلا
بإذنه ورضاه ، ولذلك صار في الشريعة ، وإذا كان لا من حق مسيء في أرض
آخر ، ولا يملك رقبته ، فليس صاحب أرضه أن يغيره من فاه إلى أموره إلا
بإذن صاحب الحق لمتعلق مـ ، ولا يملكه من مكان إلى مكان آخر ، كدس
إذا كان حق المرور في طريق لا يملك رقبته ، فليس مالك برقعة أن يمس
لطريق من حبه إلى حبه ، وإن كان لا يتصرف صاحب الحق لمتعلق معين ، ولا
يمسه من ذلك شيء ، وإن كان التمييز إلى يقع له ، ولا يدخلوا هذا ضمن

(١) مقتضى هذا ، والدليل أن أنه لا يصح لصاحب الحق أن يمس أو يغيره أن يمس
أي عمل إلا برضا صاحبه والدليل بينهما أنه ، وقد روي بعضهم عن أبي حنيفة فقد روي
عنه أن صاحب المـ لا يمس غيره وإن لم يمس صاحب الحق (راجع فتح القدير)
وعلى الرواية المشهورة بغير اعتبار عدم ضرر غيره ببيع مـ الد ، وهو الوجه بعد
شككي ، لأن عدم الضرر لا يمس ، فإثر مـ لا يمس ، وإنما يمس الظاهر
يكون أمر يجب .

من رضا صاحب الحق وموافقته .

وإذا كانت الطائر والأنثى كذلك ، فيما بين صاحب السفل والعلو من حق لأحدهما فيما يملك الآخر — كل كل منهما نوع ملك فيما يملك الثاني ، فيسقط من الأعمال إلا بدو الآخر ورصده ، وعلى ذلك يمكن الأصل للمع ، وحلاق المدي من الأعمال هو لما رخص عدم ضرر يتيقن .

٤٩ وإذا هدم صاحب سفلى بناءه يحجر على اعمدته لتعديده على سيده
نهده بناء الذي تعلق به حقه^(١) ، لأن واراءه على سفل حق لصاحب
العلو ، وبهذه صاحب السفل بناءه قد أنزل ما يكون عليه التدارك ، فيستمر وجوده ،
فيكون بهذا مستديرا ، ولا تعدي للحد القاصي على ما راعى أثر حديه ، وإذا هدم
صاحب علو وأدم اقتواعد للسفل وبناءه من غير ادب صاحبه ، ومن غير أن يلجأ إلى
الخاصي يحجر صاحبه على البناء بغير مبرر ، فلا يرجع على صاحب السفل شيء
من ممتلكات البناء ، ولا يقيسته ، لأنه غير معطى إلى البناء ، إذ في استطاعته احرازه
عنه بطريق القضاء ، فعدوله عن احرازه دليل على ارادة التبرع ، حسب المادة
اخلاف ، وقصد للبراع ، وحفظاً لمروءته وصاحبه من الخصومات ، وما تحجر اليه
من شجاعات ، ومقتنع ليس له أن يرجع فيه عزم عليه .

وإذا نهده السفل من غير فعل صاحبه ، فلا يحجر على اعمدته ، لأنه لا تعدي
من جانه ، فلا مبرر لاراءه ، وفي هذه الحال لا يكون لصاحب العلو ان أراد ان
يستمتع بملوه ، لأن يتفق مع صاحب السفلى اختياراً ، لا اضطراراً ، ثم له هو
أن يبي بادن القاصي أو بادن صاحب السفل ، وفي هذه الحال يرجع بكل ما اتفق
في سبل البناء على صاحب السفلى ، لأنه وكيل عن صاحب الشأن في الاشراف
على البناء ، والاتفاق في سبله ، فله أن يرجع عليه بكل النفقات التي أنفقها في

(١) ولو كان قد هدم بناءه لم يجر على اعمدته صاحب السفلى بناءه منعه وبه وبه
المقدم .

هذا السبل ، واوكالة طاهرة في حل اذن صاحب السبل ، وأما في حل اذن
القاضي فهي تحتاج الى جلاء ، وذلك لأن القاضي له ولاية عامة قوامها رفع اللطم ،
وتمكن أصحاب الحقوق من حقوقهم . ولا شك أن صاحب حلو حق في القرار
على السبل ، ولا يتمكن من هذا حق الاسائه ، ولم يأذن ملكه بالسبل ولا طريق
لاحصاره على السبل ، أو احصائه على الاذن ، فلم يبق له الا أن يستأذن صاحب
الولاية العامة في السبل ، إذ تعتبر عليه أحد الاذن من صاحب الولاية احصائه ،
فيكون في اتفاقه على السبل في هذه الحالة وكلا عن ذي ولاية . ويشبه اوكيل
نقام في الحصومات عند عدم وجود احصم أو وكيل له .

وإذا نفي من غير اذن صاحب السبل ولا اذن القاضي فيه في هذه الحالة أن
يرجع بقيمة السبل وقت نفيه السبل ، ولا يرجع بما أنفق ، وقد تختلف قيمة السبل
بما أنفق ريذة أو نقصاناً ، وأما كمال له ارجوع بقيمة ، ولا يرجع بما أنفق ؛ لأنه
لم يكن وكيلاً في الاتفاق على أي اعتبار ، ولم يصدر اذن له من القاضي ، ولا من
صاحب السبل بالسبل وهذا هم الذي ذكر في أكثر كتب الفقه ، ولم نبحث فيه
خلافاً ، ولكن وحدنا في كتاب السبل ما يبين منه أن هذا قول آخر ، وهو أن
الناس في هذه الحال له أن يرجع بما أنفق لا بقيمة السبل ، فقد جاء فيه . : وذكر
القاضي في شرح محصر الطحاوي أن في ظاهر الرواية يرجع بما أنفق ، وكذا
ذكر الحصاف أنه يرجع بما أنفق ؛ لأنه لما لم يقدر على الانتفاع « حلوا الاسبل »
السبل ، ولا صرر لصاحب السبل في سائه ، بل فيه منع صار مادون « لا أنفق من
قبله دلالة . فكان له حق ارجوع بما أنفق » ، ولكن يصح أن الراجح أنه يرجع
بقيمة السبل وقت نفيه : لأنه ملكه ، فوجب ألا يتمكن غيره منه الا سبله ،
وهو القيمة .

وهي يتناول القاري لم لا يعتبر متبرعاً ، كما اعتبرناه متبرعاً ان نفي من غير
إذن القاضي وصاحب السبل في حالة عدمه معيذاً وجواب عن ذلك أنه
في الخبر الأولي غير مضطر الى السبل ، لأن في استطاعته أن يلجأ الى القاضي .

يسكره المالك على اساءه . ثم في هذه الحال ، فهو مضطر الى الساء : لا طريق
لاجبار لذلك على . أو اجباره على الادن ، فكأنه في هذه الحال مأدون من
لشرع اساءه : وهذه المسألة أصل يطبق عليها وعلى ما يشبه من مسائل
ذكره شمس الأئمة الخواني ، وأفرقة كل كتب فقه . وهو أن من يبحر على
صلاح ما يملك أو يتعلق به حق غير لا يرجع عنه إذا أصبح صاحب الحق من
غير بدنه أو إذن انصبي ، إذ يمكنه أن يبحره ، فكأن مقتطوعاً . ومن المالك كرى
اسهر واصلاح اسفينة : كان لا يبحر على الاصلاح كسنة اسفند . سفل لا يعتبر
مسيراً ، لأنه لا يمكنه وصول الى حقه الا بدنه .

والآن نعرض كلمة مختصرة في طريق الرجوع ثم أتفق أو بقيمة . قد قالوا إن
ذلك يكون بحسب صاحب الحق المصل الذي ساء عن صاحبه ، حتى يؤدي ما عليه
وهو قيمة الساء وقت تمام الساء ، أو لفات التي قام بها في سبيل الساء على حسب
الأحوال التي يسببها ، وإنما كان به هذا الحسب ، لأن دين مالى متعلق به فيه
حسبه حتى يستوفى التمس ، بل له فيه مسكبه ، وبدا حاء في الفتاوى الحامدية
أن له أن يسكن اسفل ، حتى يدفع اليه صاحب المصل ما عليه من مالى . وإذا
متنع عن أداء ما عليه بعد حسن سفل عنه كان لصاحب المصل طريقين احدهما
أن يستعمل سفل راد انصبي ويسوق ماله من الأجرة ^(١) ، وثانيهما أن يبحره
على أداء الدين بطرق الاجبار على أداء الدين من حسن المدين أو بيع ماله
عنه ، حتى تستوفى مباديونه وقد نص على ذلك في جامع مصنفين ، وسكن
في الفتاوى الخيرية لا يبحر هذا الاجبار في كل الأحوال بل يبحر ذلك الاجبار إذا
على صاحب الملوذون صاحبه أو مادن انصبي ، أما إذا سفل غير اذن واحد منهما ،
فلا طريق الى رجوع لا حسن حين ، أو استعماله مادن انصبي واستعمله
حق من العمة .

٥٠ . وإذا هدم صاحب المملوك غلوه في غول انصبي في المذهب ، كما

(١) راجع كتاب المملوك لأبي عبد الله محمد بن محمد بن

في جامع العنصوين أنه لا يجوز على سائته ، لأنه لا ضرر على صاحب الحق في عدم سائته بخلاف صاحب السبل إذا هدم مائة ، لأن العلو قائم عليه ، وهو أسه فضرر لاحق بصاحبه ، أدى إلى الضرر

وهو يستطرد استطرادة صغيرة ، وهي إذا هدم صاحب العلو عتوه أو تهدم من له أن يبيعه من غير سوء ؟ والحداب عن ذلك أنه حق التعلي لا يجوز بيعه إلا مع سوء ، ثم ناعه من غير سوء لا يصح بيعه ، لأنه من غير سوء ليس بمال ، إذا لمال ما يمكن إضراره عند الخفية ، ولا هو في هذه الحال حق متعلق بطل ويجوز بيعه بمال ، لأنه في هذه الحال مفرد عن متعلقه ، وهو أسه ، ولذا لا يجوز بيعه عند الخفية أجماعا .

وفي مذهب مالك رضي الله عنه يجوز بيع حق التعلي مفردا عن الماء ، بل يجوز بيعه قبل البناء ، لأن بيع الهواء عنده يجوز . ولقد جاء في الشرح الكبير ما نفعه : « وجاز بيع هواء فوق بناء ، بأن يقول شخص لصاحب أرض بعني عشر أذرع مثلا فوق ما سمي أرضا ، ن ، نصف مسد الأسفل ولأعلى مض و عادة للخروج من الخيمة والعرس . ويملك الأعلى جميع الهواء الذي فوقه لا أسفل ، وسكن يس له أن يبيعه ما دخل عليه لا أرض الأسفل » ومن هذا يفرم أن حق انصر مفردا يجوز بيعه ، وذلك غير المتعلق عليه عند الخفية .

٥٣٩ ما ذكرناه هو في الخوار السبي مشبه ما بين العلو والسفل من علاقة . وما لصاحب كل مذهب من حق متعلق بالآخر ، وهو حق مقرر ثابت بتفتحي علاقته انصر بأسفل ، لا مطلق الجوار .

أما الجوار المطبق فليس له من الحقوق إلا حق واحد ، وهو ألا يضر الشخص في سبيل انتفاعه بغيره بحاره سررا بغير فاحشا ، وليس ذلك موضع اتفاق بين الفقهاء ، بل هو موضع نظر ، أو نصارة أدق هو استنساخ جاء بعد نظيفة الأولى طعة أبي حنيفة ونحوه . وذلك لأن ما يروى في ظاهر الرواية هو أن المالك حر في ملكه يتصرف فيه كيف يشاء . فلا قيد يقيده ، ونس لأحد أحده على شيء .

لا يريد في مسكه ، إلا ضرورة أو نقص في أهسته ، كما أنه يس لأحد معه من تصرف في مسكه ، وه ضرر من ذلك غيره ، إلا إذا تعلق به حق غيره فذلك حكمه قد يوجب عيبا في بيان حق العبد والسيار ، وذلك لأن معنى الملك يقتضي سلاق ليد في التصرف أحوالاته ، وتنع لا يكون لا تعلق حق غيره ، وقد يتعلق به حق لا ينع^(١) ، وعلى ذلك يكون للشخص أن يصح في عفاؤه ما شاء ، فيه أن يصح العفو قد في منه من غير قيد ولا شرط ، وله أن يحجر ذرا أو سبعة ، وهو كان ذلك به من حارة . فهو فعل نيته من ذلك حتى وهو الحذر ففقد لا يصح عنه ، لأنه لم يتعد على حارة مده . ما يعلق في دائرة مسكه ، ولا ضمان إلا به التعدي ، ولأن مسكه من الانتدع تنسكه فيه ضرر ينزل به من غير مرور يبرره ، ولا يصح أن يدفع الضرر عن عه صاحب ضرر ما في ذلك في ذلك بقضا لأصل الحكمة . وهو كان الضرر يبرر مع الملك من التصرف ، فقد ملك حرة تصرف ، بهت حرة التصرف إلا معنى ذلك

، هذا كله كان ذلك له الخيس^(٢) في مذهب الشيعة ، وهو رأى اشاعني وأحمد ، وما في الجمع أن حق ما يقتضي عدم تنقيده ، وليس بقاضي أن عنه ما من تصرف في مسكه . ولكن الآية توجب عنه لا يصح أن يحار تكون المودة ، ونحوه عليه السلام : « والله لا يؤمن ثلاثا قالوا ومن يرسل الله » قال ذلك الذي لا من حارة بوائقه « من الدين والأحلاق وحسن به ماله والسلوك القويم ألا يتصرف حار في مسكه ما يبرر عنه أدى بحارته ، ولكن ذلك لا يكون حار القضاء على مقتضى ما قرره أو حجة وأصحابه

(١) راجع الدائع .

(٢) يروي أن شخصا شكأ إلى أده حصة من ثمر حرمه حرة في ديرة ، فذهب إليه ابن حبة أحقر في دارك بجوار تلك اثرة مائة . فمست وبعثت ابنه الأور ، فمكسها رهب وترى أنه لم يذكر للشاكي أن له أن يجبر حرة على كس الثمر ، بل ذكر به تلك الحلة وليس من بين التصرف في ذلك . وهي ضرر قد دفع ضررا ، سلم الفرقان من الأدي ، وهكذا قال السوء ناسه ، حكيم الإسلام .

هذا ما روى عن الطائفة الأولى من الفقهاء ، وقد جاء في ظاهر إروايه وورود أنه القياس الذي يوائم القواعد الشرعية ، ولكن جاء أصحاب مناوى . وغيرهم من المؤعين والمختلين في المذهب ، فاستحبوا أن يقع الخبر من تصرف في ملكه تصرف يضر بحره ضررا يسا فحش ، حديث لأضرار ولا ضرار ، ولأن الناس قد تركوا ما أوجبه عليهم الدين من وجوب رعاية الحر ، خفت عليه كلمة اتقاء حميه على منه الأضرار اضطارا ، إذ لم يقوموا به اختيارا . ومن اتقاء إلا لمسه لأحكام الشرع ما لم يكن مفيد

ومصوغ على هذا الاستحسان ليس ممن أدى يترتب عنه مطلق الضرر وهو يسير ، بل ممن أدى يترتب عنه ضرر الفحش حين ، وقد جاء في فتح القدير حد للمصل الذي يكون سببا بضرر فحش البين فصل . « هو ما يكون سببا بهم ، وما يوهن سببا سببه . أو يخرج عن الاستماع سبكية ويجمع الحواشي الأصلية كدعمه . « سبكية » ولا يضر من ضرر فحش مع أشعة شمس ، أو سد مسدود الهواء على المساكين ، لأنه يخلص الانتفاع مع ذلك في الحلية ، وقد أحصى الفقهاء عددا من الأضرار في بضر فاحشة نيسة ، ثم سبب يحد صاحبها ومضجع حليده ، ونبت في صرف الحديد ودوران الصدحون يوهن البناء ، وأن يحدث تنورا أو معصرة في سوق الحر ، فيضر ضررا فاحشا بمصانع أهل السوق ، وأن يخرق محور حدر حدره نارا أو لوعة يوهن سببا لجر ، وأن يحدث سببا في ملكه ما يمنع ضوء عن حدره ، بحيث لا يستطيع المرأة في سبها من سدة السلام ، وأن يحدث شبا كما يطل منه على مقر النساء ^(١) .

وهذا الرأي الذي هو استحسان في مذهب أبي حنيفة هو مذهب مالك رضي الله عنه ، فقد جاء في تهذيب الفروق ما نصه : « مما هو معلوم لا شك فيه أن من ملك موصلا به أن يبنى فيه ، ويرفع فيه البناء لم يضر بغيره ، وأن له أن

(١) راجع طائفة مجموعة من هذه المسائل في مذكورة . داءلات لطيفة القسم الأول من مدرسة القضاء شرعي .

يخبر فيه ما شاء ، ويعقب ما شاء ما لم يصر بعيره ، فالأشياء بالملك عند مالك
وإنما يتعدى بغيره ، هو لا يصر بعيره ، وهو استحقاق المأخزين عند الخفية كما
عصت .

أسباب الملك التام

٥٢٥ ذكر في المصنوع اسعة أسباب الملك الناقص ، وأسباب الحقوق
التي تنعق بالأعيان ، وما يشبه . والآن نكلم في أسباب الملك التام ، فنقول .
أسباب الملك ثلاثة أقسام (القسم الأول) سبب مشيء الملك على الأعيان
بعد أن لم يكن ثابته فيه وهذا هو الاستيلاء على الأشياء لمصلحة ، ووضع اليد
عليها ، فإن الأشياء بدخول قبل حيازتها موضع يد عليها لم تكن مملوكة لأحد ،
ولم يكن ثمة ملك واقع عليها ، ولا استيلاء ثبت بمسكية لو أصبح اليد ، وهي
مسكية حادثة ، ويسمى هذا سبب قبض من أسباب المسكية ، لأن مشيئا لم يكن
قولا أو عقدا ، ولكن مشيئا فعل ، ومن ، ولأنه سبب فعلي ، وليس سبب
قولي صحيح أن يكون سبب للمسكية إذا حصل من محذور عيبه : فإذا استوى
المحذور عليه على مخرج نان أحد أرضه ، أو صاد صيدا ، أو احتش كالأشجار ،
أو احتطبت حطبا ، فقد ملكه ، وذلك بخلاف الأسباب القوية ، فهي لا يترتب
عليها الملك باطلا من المحذور عليه ، وشرافه مثلا لا يترتب عنه ملك له وذلك
لأن المصروفات القوية هي موضع الحذر ، ولا يترتب عليها آثارها لعدم اعتبارها
مشيئة نهتق والواحات منه . وأما لأعمال فتترتب عليها آثارها ، ولذا لو جنى
حديقة وحب عليها أرضها ، ويؤخذ من منه .

(القسم الثاني) أسباب نقل الملكية من شخص إلى غيره ،
يشمل ذلك العقود الناقصة للملكية من بيع وهبة وصدقة وحلع باسمه لغيره ،
وسكاح باسمه بغيره ، ومن شأن هذا النوع من الأسباب أن يكون الأمور
التي تنقل ملكيتها بسببها مشعولة بالملك فيها ، فإذا لم تكن مشعولة لا تمنع سبب
ملك : لأن مقتضاها باسمه للملك أن تنقل من حيز إلى حيز ، وذلك لا يكون

الا اذا كان الملك ثابتا أولا قبل العقد ، ولذا لا يصح أن يكون محل البيع مساحا من مساحات ، كما لا يصح أن يكون المصح مبرا أو بدل حلق أو محلا لتسدية أو أهبة ، لأن الملكية لم تكن ثابتة في المساح قبل هذه العقود ، فلا يكون ثمة نقل من مالك إلى مالك ، فلا يكون مقضى العقد ثابا .

(القسم كـث) سب هـت عو خلافة اشخص بعيره في الملكية ، وهذا يشتمل ليراث الوصية ، ون ثمت حصل ان وارث ولموصى له بالخلافة عن مورث واموصى ، اذ لا يمكن الا من بعده ووه . ووهه شرط ملكية عه . ولذا لا يحتاج دخول ميراث في ملك اوارث الى قبول منه ، وكذلك لا يحتاج اوصية الى قبول ، بل الشرط عدم الرد فيه . بل ان ميراث يدخل في ملك اوارث حبرا عه من غير اختياره واراده . ولا يوجد من أسباب ملك ما يقتضي به الملك من غير اختيار سوى ميراث . وراذ ان يعنى على ميراث الوصية للحيين . فان الملك يدخل من غير اختيار أحد عه واحد من بين عبيه . اذ لا يصلح لأن يكون محلا للولاية عليه . وفي اوصيه من مبر من هـ . وحدث اذا مات الموصى به قبل أن يبره قولا ورادا . فان الملك يثبت له . ولم يثبت عه اختياره من كل هذه الأوصاف واحواص يستبين أن الملك التي توارث واموصية ملك سبه خلافة اوارث أو الموصى له لمورث وموصى : ولقد رتب الفقهاء على ذلك أحكاما منها أن اوارث واموصى به كلامه يكون حصا في إتمام الديون التي تكون على الميت ، ولو لم يكون حصيين له في تركته ما كان له شأن في الخصومة . ومنها أن له أن يبيلا المنع من البيع إذا كان يبيع حادث من المتوفى . وتكون اوتهم لها كل خواص الاقالة وأحكامها ولولا أن ملكيتهم بسبب اخلافه كانت إقامتها يعبا جديدا من كل الوجوه . وما كانت لها أحكام الاقالة من حيث كونها مسج بانسبة لبعض الأحكام . ويعبا بالنسبة لبعضها .

والاستيلاء على المدح يشهد أربعة أصناف : (أحدها) إهداء الموات ،
(وثانيها) الاستيلاء على معاش والكمور ، (وثالثها) حيازة الأشياء المباحة ،
(ورابعها) الصيد .

إحياء الموات

٥٣٨ الأوصى موات هي الأراضي التي تغدر ورعها لا تقطع الماء عنها
أو لغرضه عنها ، أو سكوت طينتها غير صالحة للزراعة ، لا يشترط لأغشدها موات
أن تكون بعيدة عن العمران ، غير قريبة منه ، لأنها إن كانت قريبة من
عمران انتفع بها في غير زراعة فتعقب بها مشايخه ، فتكون منها طرف ، ومنس
ماء ، ومطرح ثمنته ، ومعنى برائه ، ولم يختلف في ذلك أحد من أهل العلم ^(١)
وسكنهم أحسنوا في مدى هذا الحد ، فروى عن أبي يوسف رضي الله عنه أن
بعد يكون بحيث لو وقف رجل في ثوب إلى العمران ، وددى ناعلى صوته
لا يسمع صوته في العمران ، فمستعزم كل الأوصى موات ، ومن محمد وهو
، وفي صاهر الرواية أنه يكفي في بعد السكون من مرافق القرية بأعقل ،
فهو يطار في جميعه الانتفاع ، وإن كانت مستعملا ، مع في مرافق العمران التي
عبد وصف الموات ، وإن كانت غير مستعملة ، مع في لم تكن من مرافق
القرية اعتبرت غير مستعملة بها ، وسكون مستعملة في الزراعة ، وهي غير صالحة
في موات المدن

وقد اعتمد شمس الأئمة السرخسي قول أبي يوسف مع أنه غير ظاهر
رواية على ما علم ^(٢) ومذهبنا في هذا كذهب محمد

وراء بعض منزه ، أحد من أصل بين القرب والعيب إلى العرف ومن
هؤلاء الأدم محمد بن حسن ، وحجته ، واستدل له أن أخذ لا يعرف إلا بالوقف ،

(١) المقتضى في كتاب إحياء الموات .

(٢) راجع كتاب السرخسي في دفع الموات .

ولا يعرف يرى واحداً ، ولم يرد من الشارع بذلك حد ، فوجب أن يرجع في ذلك إلى العرف كاعتق والاحرار ، فإن الأمر في تحقيق معناه إلى العرف والمشهور بين الناس ، وإن كان من غير دليل هو بحكم . إذ ليس حداً أولى من غيره ما دام ليس في المسألة نص ، أو قس على مخصوص عليه فليس ما إلا أن تتركه للعرف .

٥٤ - وقد اشتط صاحب كمر في اعتبار الأرض مواتاً إلا تكون مملوكة شخص معين معروف ، غير أن ذلك اشترط ليس بتحقيق كونه مواتاً ، بل لا اعتبار بالأحياء سداً للملكية ، فإن الأرض تعتبر مواتاً إذا تحقق فيها ليس من مرافق العمران ، ولا تصح بغيره . وإن كان شأناً مملوكة معروف ، غير أن لأحياء لا يكون سداً للملكية إلا إذا كانت الأرض م يعرفها مالك ، سواء كانت م بحر عليها ملك فقط ، أم حرة عليها سداً ، وسكن في غير عصور الإسلام ، أم حرة عليه ملك في العصور الإسلامية ولم يعرف صاحبه ، فقد دامت لم يعرفها مالك^(١) معين حتى يموت . وسكن فقد حصل خلاف بعض الفقهاء إذا كان الملك مواتاً أو دميماً في عصور الإسلام وسكن غير معروف فقد رويت بعض الروايات عن أحمد بن حنبل أنها لا تصير مواتاً ما دامت قد ملكت في عصور الإسلام ، لقوله عليه الصلاة والسلام « من أحيأ أرضاً مواتاً في غير حق مسلم ، فهي له » ولأنها إذا ثبت أن لها مالكا في الإسلام ، فهي على ملكيته ، وعدم معرفته لأبوين ملكيته لأبها ، فإن لم يكن فلوثته ، فإن لم يعلم له ورثة ، فهي بيت مال مسلمين لأنه وارث من لا ورث له ، وعلى أية حال لا تعتبر مباحة غير مملوكة لأحد . وسكن كثرة الفقهاء ومعه مالك وأبو حنيفة على أنها تملك لأحياء لأنها لا يعرف لها مالك ، فأشبهت ما لا مالك له ، ولأنها إذا كانت مواتاً

(١) مالك رحمه الله عنه بعد من موات متى يكون أحياءه سداً للملكية الأرضية التي ملكها أصحابها بالأحياء لا يسهل من أسباب ملكه إذا أهمل حتى صارت مواتاً . والأحياء فإن ملكيتها تنفذ به وتعود مباحة كما كانت ، وسبق ذلك في موضعه إن شاء الله

من القديم ، بحيث لا يعرف مدأ لمواتها سقطت ملكيتها ، لعدم وجود محرر بها ،
ومعدم صلاحيتها للاقتناع وصورت كالمعدى القديم الذى يسب ان ملائمة قبل
الاسلام ، وعند قال عليه السلام « عادى الأرض لله ولرسوله ، ثم هو بعدكم »
وقد فسر القنورى رحمه الله المعادى بما فده حرانه ولو كان فى الاسلام

§ ٥٥ وحياء الأرض حسب صلاحه للزراعة أو للاستدعاء لرائحة السب
مدى حياها غير صالحة وغير رافعة ، فاذا كان مواتها بسب عمر المياه لها ، وحياؤها
بإقامة السدود الدافعة للمياه للتسكى منها ، ولأخذ وقت الحجة فقط ، وإذا كان
مواتها بسب عدم وصول المياه إليها ، وحياؤها بشق الأنهر فتصل المياه إليها ، أو
بوضع آلات رافعة للمياه فتصل إليها ، أو كانت عاية لا تصل المياه إليها من غير
آلات رافعة ، أو نكريبها وسعيها حتى يصير تلك العملية صالحة للاستدعاء ،
كان سب الموات فساد رتبها ، وإذا أرادها قرية ، وحياؤها بساء حائط
ومسجدها بيوت ، ودورا ونحو ذلك ، وقد ذكر فى المعنى أن فى الأحياء روايين فى
مذهب الإمام أحمد بن حنبل أحدهم سحوا ذكره ، والثاني « أن الأحياء
لا يرافقه سبس أحياء ، لأن الشارع ورد تعليق الملك على الأحياء وم يديه ، ولا
ذكر كقيسته ، فيجب الرجوع فيه إلى ما كان أحياء فى العرف ، كما أنه لما ورد بأعيان
النفس والحرر ، وم يبين كقيسته كان المرجع فيه إلى العرف ، ولأن الشارع
لو علق الحكم على مسمى باسم شقق بمياه عدد أهل المال ، فكذلك يعلق
الحكم بالمسمى أحياء عدد أهل العرف ، ولأن النبى صلى الله عليه وسلم لا يعلق
حكمه على ما ليس إلى معرفته طريق ، فلما لم يبينه العرف طريقة لمعرفة عدد
أهل له طريق سواء ، إذا ثبت هذا ، فإن الأرض تحي دارا للمسكن ، وحظيرة ،
ومزرعة ، فأحياء كل واحدة من ذلك تنسب للاقتناع الذى أريدت له . . . »
§ ٥٦ والأحياء ، وحده سبب لتسكية عند الصالحين والثامى واحدا
من حبل ، ما دامت الأرض لا مالكة لها ، فلا حجة تثبت امتلاكه بالأحياء ،

ان ادب الامم ، وقال أبو حنيفة رحمه الله لا يشت الملك في اموات مجرد
لاحياء ، بل لا بد مع الاحياء من ادب الامام .

اسد الأوثان بأن الأراضي الموات ليست مسكنة المال ، من هي
من مباح ، والمباح لمن سقت يده الله . وقد سقت ليد له بالاحياء ، فهو من
أحياء ، فلا حاجة ان ادب الامام في ثبوت ملكية ، لكن يحتطب خطه مباحاً و
يحتش كلاً مباحاً ، فهو يملك مجرد الاحرار والاستبداد . ولكن يصطاد حيواناً
لا ملك له فيه يملكه مجرد الاصطياد ، واذا كانت ملكية هذه الأشياء ، لا تقع
في ثبوتها ان ادب الامام ، وكذلك ملكية اموات من الارضين لا تحت استحصال
في ملكيته ان ادب الامم . ان ان الاحد فقط ، لأنه هو الذي جعله الشارع
سبباً لملكية ، وقد ورد في الحديث شريعته . « من خير رص مبتة فهي له ،
وايس لعرق طالم حق » .

واستدل أني حصة بأن هذه الارضين وان كانت لا ملك لها في الامم ،
هي في سبيل الامم ، ويصرف له ليد على يدان واضح ليد عليه . ومن
لاحد أن سبيل على ما تحت يد الامم من غير ادب ، وقد من عليه السلام
« يس امر الامم به نفس منه » ولان ولاية الامام على أرض غير
مبوكة بحسب في يده كاعانته به ، على نفسه . ومن لاحد أن يسل شيئاً
منها بغير أن يقسم له الامام ، لأن له ، لأن الاحياء من غير ان الامم قد
يدفع الى التراجع ، والتراجع ، فلا جد انفس بين من وسع التراجع به
سببه كان لا بد من ان الامم . ثبوت ملكية الاحياء ، وحديث « من
أخذ رص منه فهي له لا بد في شرط الادب ، لأنه يشبه حدث « من قتل
قبيلة فله سنة ^(١) » ولم يقل أحد أن من قتل قبيلة في جهاد في سبيل الله يأخذ
سنة من غير ان الامم ، فان الامم ملاحظ في الحديثين ، مع التمسح

والتمار مع و ان لم يدكر (۱)

اسكبه هو وضع يد المثل على حياة الأرض وحسن صالحة للزراعة
 والمختصر اذا مضى على تحجره ثلاث سموات انفق لغتها، عني أنه يصح
 لاحق له : قوله عليه الصلاة والسلام : « عدى الأرض لله ولرسوله ، ثم سكر
 من بعد ، ثم أخذ أرض ميتة ، هي ، وليس لمختصر حق بعد ثلاث سموات »
 وروى من هذا عن عمر بن الخطاب ، صاه يكون قد سمعه من الرسول عليه
 الصلاة والسلام . ولأن المختصر دامست عليه ثلاث سموات ، ولم يصلح يكون قد
 مضى على حق مشترك بينهم ، بدنه جميع الحق في أحيائها وامتلأ كما
 بهد الأحباء ، ثم هذا شمع من علم ، وما أحياءها ، ولا ترك الناس بحبوسها ،
 فكان في هذا سمع صلب مقتديا ، وما كان له بعد هذا حق في ملكها ، لأنه
 لا يجوز استمرار حيز والاعتداء بهذا المفع من غير أن يرى ثمرة ترجى منه ، ولو جاز ، حيزه
 واترعا منه بعد ثلاث نائم و منه وأحياء تكون ملكه باتفاق العقلاء .
 هذا ما يتعلق بشئ الحجر بعد ثلاث سموات . أما قبل ثلاث السموات .
 وله حق متعلق بها : لأن يده سمعت لها ، و ساقى إلى المسح أولى من غيره به ،
 ونحق بامتلاكه دون سائر أحمس ، غير أن فقهاء الحنفية وغيرهم اختلفوا في مدى
 هذا الحق . فقد بعض لغتها ، به حق نسب ديانة لا قصه : لأن ملكيته لم تثبت
 قبل ثلاث سموات ، ولكن على أساس من حيث الديانة أنه يحترموا هذا الحق ،
 ولكن لا يدمون به قصه . ولذا إذا جاء شخص في مدة ثلاث سموات
 وأحيا الأرض الموات كان المالك لها ، لأن حقه في الملك صدر بقوة من حق الآخر
 بايد وتصير هذا من استقام شيئا ليشتره ، أو حطب فتنة متروك يحرم على غيره
 ديانة أن يستم عليه ، أو يحطب على حطته ، فإذا جاء واستقام واشترى ، أو حص
 وتزوج ، له بكل لأخذ أن يعمه بقوة قضاء ، وكان رواجه صحيحا بالارباب .
 ومثل هذا جاء في أريسي وغيره ^(١) ، وقالوا به الصحيح
 وقال بعض الفقهاء : ان من أحياء في مدة ثلاث السموات لا يملك ما حياه

(١) ومثله جاء في القى من كتب الحائلة .

لأن حق المحتضر أولى من حق غيره ، والمحجب بعد تحجيره معد عليه ، فلا يصح أن يكون أحده مسا للملكية ، لأن حجب لا يكون صدقاً في أصاب الملكية ، وقد قال عليه السلام : « ليس لغير طاعة حق » إذ أنه السابق ، والسابق إلى المسح أولى به من غيره . فكان حبه شئت بذلك سبق أولى بالرعاية ، ولذلك لا يثبت بأحياء غيره أى حق من الحقوق له .

٥٨ - والمالك لأحباء ، كالمالك بأثر أصاب الملكية متى ثبت لشخص لا يبرهن عنه الاستتار من أصاب الملكية ، ثم لا يحدث ذلك السبب فالملكية ثابتة للمحجب . وله صدور الأرض بعد ذلك موات باهماد وعدم تعهدا بطرث والسبق وهذا مذهب شافعى ، وأحمد بن حنبل ، ومذهب أبى حنيفة . وقال مالك بن النخعي ، إذا ذهب بعودة الأرض ، مواتا ، قبل أن ينتقل الميت إلى غير محجب تسمى الملكية ، ويكون لأبى شخص امتلاكها بالأحياء . وحدثه في ذلك (١) أنه في حياء الموات جعل الأحياء عهد ملك ، فإذا ذهب الأحياء ذهب الملك ، لأن الحكم يدور مع عهده وجودا وعدما ، فإذا ذهبت العلة نص الحكم ، وإذا وحده وحده ، مما صدرت الأرض مواتا . ذهبت العلة ، فلم يعد للحكم وهو الملكية وجودا (٢) وأن الأحياء صاب على من أصاب الملك التي ترد على المساحت ، وهي ضعيفة بمرودها على غير ملك سابق ، بخلاف أصاب الميت القوية لا يبطل الميت فيها بعده استمراره ، لأنها ترد على ملوك فلأصل ميت قبلا قويته بإذنها للميت لاجتماع افتدب مع أداة ما فيها ، وكذلك

(١) وقد رد ذلك الذين من انشاء وهو ما سكي ، فأبى لأحياء قد لب ضرب آخره . وهو سنكته ، ولم يرتفع لأحياء الذي أوجد سنكته ، لأن الواقع لا يرتفع ، إذ أن الأحياء فعل من الأعمال بمجرد حدوثه سجل في الوجود ، فلا يمكن معه ، وإن كان يمكن ألا يسمر . واستمرار الأصناف وتفاوتها ليس يشترط في وجود ، لأحكام المسألة من وجودها فإن الملك لابد على إيراد أو عهده أو الارت أو الوصية لا شتر أصابه ، ومقتضى كلام مالك ألا يسمر هذا الملك عدم استمرار هذه الأصناف ، ولم يقل أحد ذلك (منحصص موصيحيق من انحرر الشروق على أبواب الفروق) .

إذا ورد البيع على الأحياء ، لم ينتقص الملك بعد ذلك بظاهر الأسباب ^(١) .
 (٣) وأن الأحياء كالأصطد ، واحتسب كل مباح ، إذا رخصت البلد فيه عاد مباح
 كما كان ، فالملك قد انتفى إلى مهر عاد مباحا ، وأحيوان انتهى صيد ، إذا
 توخش وتأند ، ولا يعد للملك سلطان عليه ، إلا بصيد جديد عاد مباحا كما كان ،
 والماء إذا حير ، ثم احتفظ بماء المهر صار مباحا كما كان . فكذلك الأرض موات
 إذا عادت بعد الإحياء مواتا عادت إلى ما كانت عليه من الإباحة ^(٢)
 واستدل أبو حنيفة وإشعري وحمد بن حنبل ، بحديث « من أحيى أرضا ميمية
 فهي له ، وليس يورق حبله حق » ، وهذا الحديث يبيد الملك باصلاق ، وملك إذا
 ثبت لا يرول عن شخص إلا لأسباب الدقة من شخص إلى شخص ، ولأن
 الأحياء كالبيع والموت وعندها من نسب الملكية . من كلها معنى عليه في الأراضي
 وإذا كانت هذه لأسباب لا ينهي ملكية بغير العودة الأرض مواتا فكذلك
 الأحياء لا ينتهي ملكية بغير العودة مواتا .

٥٩ - والأرض الموات إذا أحييت ، تعتبر من الأراضي الخراجية أم من
 الأراضي لعشرية ^(٣) : إذا أحييتها فهي تكون خراجية : لأن ما يقع تحت

(١) يرده الدليل بأن أي شيء من الأرض لا ينفصل عنه ، وهو على حسب تقديري ، وهو
 لأسباب على المباح ، وإذا كان الأسباب على مباح من ميمية ، فكذلك ما بقي عاد
 عليه ميمية ، وهذا كان يعني بالأرض ملكه ميمية ، فمن سلبت ملكه عن ميمية يستند .
 هذا المصنف ، لأنه يثبت مقدار ، ثبت هم .

(٢) يرده دليل بأن هذه التغيرات تنطبق على الملكية بالبيع وطهره وسبب د عاد
 إلى مهر عاد مباح ولم كان قد بيع ، وكذلك عهد د وحش ودد المحور دا حنة د
 الله ، فلهما مودان مباحين ، ولو كان قد بيع ، ومقتضى هذا أن موات إذا بيع بعد
 حياته ثم عاد مواتا عاد مباح ، ولم يكن ذلك أحد حتى ملك مني لله عنه .

(٣) الأراضي لعشرية هي الأراضي التي خرجها لمعول عبوة ، وميمية يان د حين ،
 والأراضي التي أسلم أهلها عيب من غير فتح ، والأراضي الخراجية هي الأراضي التي تحت عبوة
 وأثر أهل عيب . ويظهر أثر التفرقة بين عشرية وخراج فيما يؤخذ منها من صرائب ، فله يرويه
 يؤخذ منها الصبر بما سيج من رزق أو سبب بحر آلة ونصف عشرية سبقت آلة ، وأما
 الخرجة فيؤخذ منها مقدار مقدرة من الأمر على حسب ما ينطق الأرض ، ويسمى ذلك خرج
 وظنه ، وقد يرى الإمام أن يؤخذ سببه ميمية مما يخرج من الأرض ، ويسمى ذلك خراج مقاسمة .

سطلان المسمى من الأراضي تكون حراحيما ، ولو كان قد انتقل من غيره ، بل لو كانت عشرية في بلد مسلم ، فقلت الى ذى تكون خراحيه عند أبي حنيفة ، وعلى ذلك يكون أولى بهذا الوصف ما أحياه هو ، وأثأ عليه ملكا متبأ لأحياء ، ولأن عشر من أنواع الزكاة ، فهو عادة ، أو على الأقل في معابها . ولا يصح أن تعرض عادة اسلامية على غير المسلمين ؛ لذلك كتب الأرض التي ستولى عيها دى خراحيه ، يعرض عيها الخراج .

وإذا أحيها مسلم ، فقد قال محمد : إنها تقع مدها ، فإن كانت تقى من . . . أو ستر امتسطح فيها ، أو غاء الأسفار المقام التي لا تقع في قصة أحد ، فهي عشرية ، وإن سقطت مدها من مبركان قد حفره الأعاجم قبل الإسلام ، فهي خراحيه ، وذلك لأن مدها هو المقصر الفحل في الزرع ، بل هو في أساليب الأحوال . تنحاح ليه الأراضي موات لأحد أحيائها وحصلها صالحة للزراعة ، ولذلك تكتسب الأرض صفته ، فإن كان مدها يفيض بعمدة الله من غير عمل الإنسان كانت عشرية ، وإن كان مدها كان ميراثيين عليه سلطان ، وهو في حورته ، وبسكهم كانت خراحيه ، لأن هذا النوع من مدها يعتبر فيش وعميمة ، فهو شبه الأراضي الخراحيه ، في يجيبه من الأراضي يكون خراحيه .

وقر أبو يوسف إذا أحيها مسلم تعتبر عشرية إذا كانت في حيز الأراضي عشرية بأن كانت الأرض التي هي فيها عشرية ، وتعتبر خراحيه إذا كانت في حيز الأراضي الخراحيه ، وذلك لأن مراقبها متعقبة عما حولها من الأراضي ، فتكون مائة نه في الوصف ، فإن كان خراحيما كتب مثله ، وإن كان عشريا كانت كذلك .

٦٠ - **مبادئ الموات في القانون المصري** - الأراضي الموات ولو أنها من الأشياء المباحة تقتضى طبيعتها معتبرة في القانون المدني من أملاك الدولة ؛ وبدأ بها في المدة الثامنة مدها : « الأموال المباحة هي التي لا ماث لها ،

ومحور أن تكون مسكاً لأول واضح يده عليها ولا يجوز وضع يده على الأرضى
التي من هذا الفصل الأبدى الحكومة حسب الشروط المقررة في القوانين والقوانين
ومن هذا يعم أن الحكومة قد اعترفتها مسكاً لها، وان قوتها في الأصل من
الأشياء مشتركة بالأدلة الطبيعية، وقد ست دلت حجة مراقبة لمصانته فقد
جاء في أحد مشوراتهم « أن الحكومة مسكاً لجميع الأرضى التي لا يمكن أن
تثبت ملكية لها، وعلى ذلك فمن أحد أحجارها من أحد المحجر سواء
أكانت مسجرحه أم استجرحها هو نفسه غير سائر ملك الحكومة (١) » .
وعلى هذا الأساس يمكن الاستدلال على الأرضى الموات كذا ملكية
كاشان في كل لأموال المساحة كما نصت على ذلك المادة السادسة والخمسون،
من كانت ملكية الأرضى الموات في طرق معروفة أخرى غير محدد لاستيلاء
وقد ذكر شرارح أن طرق ملكية ثلاثه

(١) وضع يده عليها امدة الطولية المقررة في قانون، وهي مدة خمس
عشرة سنة، وهذا سبب جاء من سبب الملكية يشمل المباح وغير المباح من
الأموال، وان كان هو في الأرضى الموات التي هي في أصل على الشركة
الطبيعية أظهر، ولكن الثاني، لأنهم لم يعلق بها ملكية خاصة من الناس،
فيكون وضع اليد تلك المدة مذمومة بحق، من غير أن يبقى حجة قانونية يردده،
وعلى هذا فهو ثبت في الأرضى الموات الحق في الملكية من غير أن يلاسه

(٢) وضع اليد من غير تنفيذ عملة معينة، وهذا لا يثبت الملكية إلا
بالإذن من الحكومة، ولا بد للأذن من إجراءات أشد اليقظة المدة السبعة
والخمسون من اتفاق المدينى، ونسب الأمر العالي الصادر في ٩ سبتمبر سنة ١٨٨٤
وحاصلها أنه لا بد من تسليم الأرضى معروفة مدبوبة من المديرية، وتصدق

(١) هامس كتاب مسكاً المعروفة في مصدق لعدد الكبير المذكور محمد كامل مرسي د

محس اوزراء ، وبحرير حجة مشتملة على شروط الاعطاء ^(١) ، وان كان تحرير تلك حجة من حيث قوته محلا لخلاف في الفقه وفي التقضاء ، فمعهم يصدره حرم مسمما لاحراء نقل الملكية ، ومعهم يصدره دالا على النقل ، وليس حرا من نفسه

(٣) اربع أو العرس ، والساء ، وداررع شخص في الأراضي اموات ، أم ان في ساء وعرس سجارا اعبر ما كاف هذا العمل ، شرط ألا ينقطع مدة عيامة محس سبع في المحس عشرة سنة دائية لاحد ، ان ت . وقد نصب على هذا ، وعلى ما سبعة امددة سبعة واحسون من تمام امدد ، وهذا نصب « أما الأراضي العبر المدروعة مسوكة شرع يبري ، فلا يجوز وضع ايد عليها ، الا باذن الحكومة ، ويكون خدع بصفة امدديه نظف المواتح . اما كل من ررع رسم من الأراضي في ساء ، وعرس في ساء يصدر ما سكا ملك الأرض مسكاته ، سكة سقط حقه في هذه السبعة مدة محس سنوات في طرف المحس عشرة سنة دائية لأمن وضع يده عنها » .

وهذا يشار بحث في نقطتين احدهما في مدة محس السنوات أي محس مسبعة ثم يجوز ان سكون متفرقة او يفتيم في اذن الحكومة ، ساء أو عرس أو الررع فهو لازم ثم غير لازم ، أما على الأمن منهم فعددة كتمام ين فيها نص سبع صريح تنص أي ادين ، ولذلك يصح ان يقال ان النص لم يشترط ان يكون سبع محس منساعة ، فتمس ادين من التبع وحار التفريق ، ولا يصح ايشار حدهم على الأخرى ، لا اعتبار ، وعلى هذا فحتى ترث الامس محس سنوات وومتفرقة في مدة المحس عشرة سنة سقطت الملكية . ويصح ان يقال ان محس السنوات يجب ان تكون منساعة ، لأنها امسار اي منهم من عبارة الدور ، والقوانين تنص هو هر دلالاتها ولا ، ولأن الملكية نسب باعراس أو ساء أو ررع ، فلا سقط الا سقط صريح في الاستقاط ، ضهر الدلالة فيه قاطع

(١) رجع في كل حد كسب سكة مصرية في مصر لاسد ، حين السكور محمد كامل .

غير قابل لاحتمال غيره ، وذلك لا يكون إلا اذا كانت سواك الخمس مسبعة ،
أما غير مسبعة ، فثبت الدلالة على بظاهر النص أو قطعية فيه ، بل هي احتمال
فيه ، ولا تستط لمكينة كنه بالاحتمال^(١) « ولأن قصد السراغ أن تكون
مدة عدم الاستعمال مسبعة ؛ لأن عدم الاستعمال لمدة طويلة يلبس على بية التبرؤ
بمخلاف عدم الاستعمال مدة قصيرة ونحن نفضل هذا الاستنباط »^(٢) .

وأما عدم دن الحكومة باسمه ، أو عرس أو زرع ، فقد اختلف تقص ،
فه ، فمعص المحكم بشرط الأول ، وبمعص بشرطه ، بل ثبت المنكحة بمجرد
الاحياء في نظره .

وقد احيى الفرق الأول (١) بأن مادة ٥٧ ذكرت حين احداها حال
ملك بالأذن ، والثانية حال ماث بعرس أو لسا ، أو زرع ، ولا ثبت أن الحايين
يجب أن يكونا بمحض من حيث الحكم والأثر ، ولا اختلاف بينهما إلا من
حيث الأذن وعدمه ، فمما كان الادب محدد لمكينة في الحال الأولى ، ولو كان محدد
في الثانية ما كان يذكره معنى ، ونكحت فها من قول ، وذلك ما لا يقبل
وحده في نص من الفواين (٢) وأن الحكم في وضع مرة ثانية من المدة
له كورة تشجيع الناس على استعمال الأراضي لموات ، حتى تنمو تلك ثروة البلاد ،
وهذا يجعل للزراع والغراس والبناني ميرة على غيرهم من المستوين على الأراضي
الناس يسمح لهم استعمالهم بسكنة ، وذلك لا يكون إلا ، عندئذ من الأذن النسي
يجب في منكحة غيرهم ، إلا إذا كانوا منهم سواء ، بل انهم يكونون أدنى حالا منهم ،
لأن ملكيتهم تستط بانه من سواك في مدة خمس عشرة سنة ، بشر لا تستط
ملكية من أحدهم نصه الصدية بذلك ، وذلك يخرج بعد عن الانصاف هذه
عن لمقول .

(١) في أصول الفقه الاسلامي لعدم ، م صحت في هذا المزمح شرط شرايع ،
وتلك قاعدة هي أن يطلق بها أقصى تصرف إلى أفراد سكان ، ونحو خمس سنين مطلق
فيصرف إلى الفرد الكامل ، وهي خمس السنين للتجارة
(٢) رجع كتاب منكه العقراء في عصر النبوة عنه سابقا .

(٣) وأنه لا خطر على الحكومة ولا خوف على أراضيها من الملكية ، ويرى
الاذن ، لأن الأراضي الموات إذا أحياها عارس أو نبات أو رارع استفاد منها
الحكومة بزيادة الثروة واتساع العمران ، ودمت يدر على مائة الحكومة أموالاً
من الضرائب التي تفرض على الأرض بعد احتساب بعد أن كانت لا تستفيد من
شيء قبيلاً أو كثيراً .

وقد احتج الفريق الثاني بأن من يريد الانتفاع بأي جزء مما تملك الدولة
لا يستطيع الانتفاع به إلا بأدائها ولا يتصور أن ملك المنفعة أو حق الاستعانة يحتج
إلى الاذن ، ولا تحتج الملكية العامة إلى الاذن . والفريق الثاني يفتقر مادة ٥٧
ليس في الاذن وعدم الاذن ، ولكن الفرق في أن العرس أو تسماء أو الزرع لعمل
الملك ما معنى أنه ليس بحكومة بل سحب الاذن إلا إذا منحت الملكية
بإتراء الموهبة^(١) ، وإنما عند عدم الارع أو التسماء أو العرس ، فإن الحكومة بل
تسحب الاذن في أي وقت شاءت .

(٢) وأنه وبما كان من دولة حكومه إحصاء موات الأراضي تصح
أصابع عرصه ، أصابع ، إذا كان كل عرس من رارع صمغ ما كما يحسد
عنه أو رعه أو تسماء ، وقد صمغ الذي يحوار غيره إذا فتح الباب على
مصراعه ، فالذوئ سد براضة تحسن الملكية لموات محصورة في الاذن ، والمادة
٥٧ تقبل ذلك^(٢) ، ولا تنص

٦١ — من كل ما تقدم يستفاد أن القانون المدني يقتضي من مذهب
أي حبيبه في الحق ، فهو لا يعتبر لأراضي التي لا مانت لها من حسن حايه من
ملاك ، بل اعتقرها ملكاً مدولة ، وهي بهذا تقتدر عن موات المساحات ، وقت
يعرب من ذلك فإن أنه حصة ، ولم يعتبر بمحرد حياء الموات في نظر القانون
المدني سند ملكية ، بل اشترط في حسن تجريجه ، وهو ما يحل إليه اذن من
الأمر مع الاحياء ؛ ليكون الملك تاماً .

١١ وهو تر مده خمس السواب من غير سعال في مدة المجلس عشرة سنة

(٢) قد حص أدلة عربيين من كتاب الملكية المقارنة في مصر .

وموضع الخلاف بين الفقه والقانون أن تقاوت مدتي عشر وضع اليد
بإذن سبأ ملكية مع أن أحدا من الأئمة ليس ذلك في الأحياء ، لأن
التحصير لا يستلزم سبأ للملكية باقيا الأئمة : إلا إذا وصفت الأذن من
الحكومة تملك وهمة ، وعلى ذلك لا يكون سبأ في ملكية وضع يد ، ولكن
سبأ به ولا عطاء ، وعلى أي حال يلاحظ أن في هذا فرق بين الشريعة والقانون
في الأحياء ، ولكن يلاحظ أن المادة السابعة والحيث غير الأراضي غير
المرروعة وإنما ضمن ذلك الموت وعدمه من الأراضي ، إذ على أن يكون من
الأرض غير المرروعة ما هو صالح للزراعة ، ولكن الأهم هو الذي جعل غير
من دعة .

وهذا فرق آخر بين علماء والأقوال ، وجهه في شريعة ، وهو بسيط
ملكية بعد أربع والأحباء ، إذا ترك الاستعمال خمس سنوات ، فإن كثرة
انقضاء لا يترتب سقوط ملك بعد الأحياء ، ولو ترك مائة ، وحذف في ذلك مائة
فقط ومع ذلك لا يرى في مذهبه تقدير ترك خمس سنوات ، ولا يقيدده
أن يكون في مدة خمسة عشر عاما من تاريخ الأحياء ، ومن أي حال يرى
القانون في هذه الجزئية أقرب إلى مذهب مالك من غيره

الاستيلاء على الركا

٦٢٥ - الركا في اللغة جمع ركة ، وهي قطعة من جوهر الأرض
المركور فيها ، ويتضح أن يكون اسم جمع مفرد ركة ، وهي بمعنى ركة ،
وعلى ذلك فالركا كل ما شتم عنه بعض الأرض من جوهر ، هو فيها أصل
حلقها وتكوينها ، كالذهب الفحل والفضة ، والأحجار الكريمة ، والنجف الحجرى
والنحوه ، ونسب معدن ، ووضع الأذن ، ونسب كبر ، وتعد حاء في القوم من
ما نصه : « الركا مركره الله تعالى من لعائن نبي أخذه ودفين أهل أحمديه ،
وقطع الفضة والذهب من المعدن وأركز وحده الركا ^(١) » وعلى ذلك يكتب

(١) ومثل ذلك ورد في أساس البلاغة للرحمى وثله حاء فيه « أركر أخص
ركا أو معدنا أو كثيرا » .

النصر اللعوى الركار شذلا للمعدن والكنور سواء، أكانت مودعة باطن الأرض قبل الاسلام أم كانت مودعة بعده

وكن عرف عصر الفقه، حاش ذلك عموم اللعوى، وله احواء في النهاية لابن الأثير، عند تفسيره الركار في الحديث - «في الركار اخس» ما نصه، «اركار عند أهل الحجاز»^(١) كعب الحاهية مدفونة في الأرض، وعند أهل العراق المعدن، والقولان تحميمها الله، لأن كلا منهما مركوز في الأرض أي شئت، يقال ركزه يركزه ركزا إذا دفنه.

وهنا نجد انفق، قد احتجوا في معنى الركار بأورد في الحديث السابق، شئت واشضى وكثير من نفق، بمصرون الركار على دفن أهل الحاهية، وأبو حنيفة والثوري وغيرهم، يفوق إلى الركار نفس نوعين: معدن، والكنر، لأنه في اللغة كذلك، ويس ثمة من مفتش سفر يق بين معنى اللعوى واشضى، وحين هذا اخس من ذلك، والاحتضيم بحكم، لأدليل عليه. بل قد ذهب بعضهم إلى أن الركار حقيقة في المعدن بحر في لكر - سواء أكان حاهيا أم إسلاميا وإن ذلك لأحلاف كان نفس اختلاف الآر، انفق.

٦٣ - وقد نبى على اختلاف انقباء في معنى الركار حتلاهم في أحكام معادن التي تكون في باطن الأرض، فذلك رضى الله عنه لم يحسم لأنها ليست ركارا، وعنده قولان في أحكام المعدن وقد ذكره ابن رشد في مقدماته (أحدهم) أن المعدن مثل الامم، ونفست بملك صاحب الأرض والأمر فيها إلى الامم يقطع لمن يشاء، ويعطى لمن يعمل فيها بوجه الاحتياط طول حيله في مدة من الزمان من غير أن يملك أصلها، وتؤخذ منه الزكاة إن كان فيها زكاة، وقد قطع النبي صلى الله عليه وسلم سبل من الخاثر المولى معادن من معدن نفسية^(٢)، وكان لا يأخذ منها إلا الزكاة، ولأن الذهب، لنصة في الأرض أقدم

(١) الرحج أنه يريد من أهل الحجاز وأهل العراق نفق، وفيه العراق، ولا يصح أن يريد عموم الناس في الآية، والأكل ملك حلاة نمويا مختلفا في الأقليات، ويكون ناقضا لقوله بعد ذلك: والقولان تحميمها الله.

(٢) منه لمن مومع على سبل لكر بينه وبين مدينة سد عنه أيام

من ملك الناكين ، ومنكمم انك عرض ظهر الأرض دون ما في خوف ، فنفق
 ما في خوف فينا الصلدين ، يتولاه عيب ولى أمرهم ، وينفق في مصالحهم
 وهذا القول ينطق مع ما يدعوا انه الاشتراكيون في أوروبا ، وهم
 يسعون الى أن تكون المداخيل ملكا للدولة - لأب مصدر عظيم للثروة ، يدبر الربح
 كثير من غير عمل يناسب مع ما تأتي له من در وحير ، وممكنيتها بالآحاد
 يؤدي الى أن يكون في المدة قوة يأتون احير كله من غير عمل ، وحوارهم من
 ملهم الشعب ، لمص من غير أن يناء احير ينطق مع ما بدلوا من كند وحب ،
 و ثروة لا تكون موزعة ثمرها عدلا مساس بحسن حياة الجماعة مسخرة متلائمة ،
 يكون بعض الناس يملكون المصاير المتصورة من الذهب والفضة والحل المسومة
 ولأنهم وانحرف ، والسرقات قد خرجت على الناس يريدونها أو من يحسن من متع
 احدة وهو محترقة لبياس وسيل ، ونحو هؤلا ، الرافيين وحرث الحياة
 في ياورينها قدم لا يحدون ما يستعملون به ، قد عيب صخرة رهنها فترة من شدة
 الخوف ، انه فة ، فكان من احد أن تكون المداخيل ، وهي ثمر الخير اوفر من
 غير عمل كثير ملكا للدولة ، وتوزيع ثرائها على العامة ، ملكين ومنتظمين ،
 والفارمين ، وفي سبيل الله وابن السبيل .

هذه وجهة نظرهم في هذا الزعم ، وثبت نتيجة مقدماتهم . ولا شت أن ذلك
 اتول من مذهب ماك يتأق في حمله مع بعض ما نسجه مقدماتهم ، وبعض
 ما ترى ايه رأيهم

القول الثاني أن اعداد دعة للأرض ، وان كانت في أرض حرة أو في
 أرض لعوبة^(١) وفي القياض والجبال التي هي غير مملوكة لأحد كان أمرها ان
 الامم يقطب لمن يعمل فيها ، أو يعمل احد من على تعمل فيها الجماعة المسلمين على
 ما يجوز له ، ويأخذ منها ا كذا ان كانت الركة فيها واجبة . وان كانت في أرض
 مملوكة فهي صاحب الأرض - لأب تكون بمنزلة ما يست فيهم من نبات وقد

(١) الأرض المعوبة (الأرض جارية) وهي مملوكة للدولة في خوف ملك ما أيضا .

رد هذا الدليل أن المقايضة مست كانه بين اربع والمعدن لأن اربع يست
عد امنت : فهو ثمرة من ثمراته ، وأما المعدن فهي في الأرض من قبل طروء الملك
عليها ، وما كانت داخلة في ملك الملك عند وجود أسانه .

وعلى هذا القول تكون الركاة واحدة في اذهب ونقصة تنحدر نقشور عليهم ،
وإذا كان قد نعت اذهب الركاة ، ولا يشترط أن يكون الحول لوجهها ، بل لا يشترط
أن يكون الرحن غير معدن كما شرح في ركاة القديس ، وذلك لأن اذهب والنقصة
ما وجد في الأرض كانا متاهدا ، فاشبه اربع من هدهد سحبه ، واربعة يح
فيه اركاة من غير اشتراط الحول ، ومن غير اشتراط أحد من التبرير .

غير أن اركاة ، وهي ربع عشه اخرج نحس في معدن اذهب والنقصة ا
خرج المحمد وشقة عمل كثير ، ما اذ خرج بغير جهد كثير ، بل ممكن يسير و
بغير عن فيه اخص بيت الماء ولا يكون فيه مقدار ركاة فقط لأنه في هذه
الحال يشبه دفين الذهبية ، وفيه اخص سب اس

٦٤ هدا مذهب معدن في المعدن ، ومذهب شاعري فيه . قرب من
قول الثاني فهو لا يرى أن يس في غير مذهب ونقصة من له أن شيء واحد ،
و يرى أنه لا شيء ، لا اذا بلغ ما استخرج من معدن الأرض حد ركاة ،
لأن ما يحد انما هو على سبيل اركاة ، ويختلف عن القول السابق في مذهب
ملك في ثلاث نقط (الأولى) أن الأرض انما يكون معدن فيها على مذهب
ملك الامم ، على ما ذكرنا ، وأما عندنا فهي ، فيكون معدن من وحده ، ونحس
ا ركاة أن ربع اذهب . (الثانية) أن اركاة هي واحدة سواء ما استخرج كان
بجهد يسير أم بجهد كبير وذلك عندنا فهي ، أما ما ذكرنا ، فقد علم أن اخرج
بجهد يسير أو بجهد قليل ، فإما احب فيه اخص . (الثالثة) أن حول شرط في
بعض الأقوال عند شافعية ، هذا جزء في اذهب ما حله ، « ونحس حق معدن
له حدود ، ولا يعتبر فيه حول في أظهر القويين » لأن الحول يردد لشكك في التمه
وماتوجه بعض العلماء ، فلم يعتبر فيه حول كاعشر ، وفيه المويطى لا يجب حتى يتحول
الحول : لأنه ركاة في مثل تشكر فيه اركاة ، فاعتبر في الحول كثر الركوات

٦٥ هذا قول الامامين اجليين الثماني ، ومالك في المعدن ، وسوا
 قومه على أن المعدن غير الزكرك ، ولو كان المعدن داخلًا في عموم اركاز سكان
 داخلًا في عموم الحديث الشريف : « وفي اركاز الخس » ، أما الخصة ، فهم يعدون
 المعدن من اركاز ، وهذا يتوحد إن المعدن التي تدور ، أما الخصة ، فهم يعدون
 لأن كلمة اركاز تشمل المعدن التي تدور ، أما الخصة ، بل على النحقيق الزكرك حقيقة
 فيها بحر في غيرها ، وستره التلمذ لأن يوسف رحمه الله يوضح المذهب ،
 فقد قال في كتاب الخراج ما معناه : « في كل ما أصاب من المعدن من قليل
 وكثير الخس ، ولو لم يدخل أصاب في معدن أقل من وزن مائتي (١)
 درهم أو أقل من وزن عشرين مثقالاً فإن فيه الخس ، يس هذا على موضع اركاز ،
 إنما هو على موضع العنانم ، ويس في تراب ذلك شيء ، إنما الخس في الذهب
 الخالص ، وفي الفضة الخصة ، والحديد والمحاسن والريصاص . ولا يحسب لمن
 استخرج ذلك من بقلته عليه شيء ، إلا بعد تصفيته : قد تكون البقلة تستغرق
 ذلك كله : فلا يحسب إذن فيه خمس عنه ، وفيه الخمس حين يرفع من تصفيته قيا
 كان أو كثيراً ، ولا يحسب له من بقلته شيء ، وما استخرج من المعدن سوى ذلك
 من الحجارة ، مثل الياقوت والفيروز والكحل والكبريت والمرة فلا خمس في
 شيء من ذلك إنما ذلك كله بمدة اطين والتراب . ولو أن الذي أصاب شيئاً من
 الذهب أو الفضة ، أو الحديد ، أو الريصاص ، أو الخس كان عليه دين فادح لم
 يبطل ذلك الخس عنه ، ألا ترى أنه أن جنداً من الأحماد أصابوا عينة من أهل
 الحرب حسنت ، ولم ينصر عليهم دين ، لا ، ولم كان عليهم دين لم يجمع ذلك من
 خمس »

ولم يقتصر أبو يوسف في أحد الخس على ما يستخرج من باطن الأرض ،
 بل أوجب أحد الخس فيما يدمر البحر من حية ولألى : ولذا قال في كتاب
 الخراج : « وسألت يا أمير المؤمنين عما يخرج من البحر من حلبة وعبر ، فإن فيما
 يخرج من البحر من الحية والعبر الخس ، وأما غيرها فلا شيء منه ، وقد

(١) وزن مائتي درهم من الفضة أو الفهرين مثقالاً من ذهب على صواب اركاز .

كان أبو حنيفة وابن أبي عبيد رحمهما الله يقولان . يس في شيء من ذلك شيء .
لأنه عبرة السمك . وأما الذي أرى في ذلك الخس ، وأربعة أحده من آخره ،
لأن قد روي فيه حديث عن عمر رضي الله عنه ، ووافقه عنه عبد الله بن عباس .
فقد روى عبد الله بن عباس أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه استعمل يعني من
مئة على البحر ، فكتب إليه في عبرة وحدها رجل على الساحل يسأله عب وعمر
فب ، فكتب إليه عمر « لا سيب من سيب الله ، فيه وفي أخرجه الله حل نسوة
من البحر الخس » وقال عبد الله بن عباس : « وديك رأيي » .

٦٦٥ - والذي يستند من كلام أبي يوسف في كتب الخراج بعد بيان
مدحه ومذهب سائر الخس فيه وثم تذكره كتب أمته أن المعادن ثلاثة (١) معدن
صلبة تدور ، صلب وسريع ، كذهب والفضة والحديد والفضة وغيرها ، مما يشبهها
من فترات الأرض ، (٢) ومعدن صلبة غير دالة للانطباع والدور بأحد كالخس
والكحل ، والصخر الحجري ، والاس ، والأحجار الكريمة التي تستخرج من
ناص الأرض ، (٣) ومعدن سائلة كالزئبق والسط . وقد حمل الخس في القسم
الأول باتفاق الحنفية وجمهورهم في ذلك

١ - من حن الأرضي الخراجية والعشرية كانت تحت أيدي غير
المسلمين ، ولم فتح الله على مسلمين صارت مختصة هذا الفتح في قبضة ولي أمر
المسلمين يصرها في مصلحة المسلمين عما يراه أقرب إلى الإصلاح والعهد ، وأبعد
عن الظلم والمعاد ، وما أن ينصب في يد العلويين ، ويعرض عليها خراجا ، وما
أن يورعها على الفاتحين ، ويأخذ منها العشر مما تنفع من ررع . وسواء أنقاه
في أيدي أصحابها أم أترعها وورعها على المرأة فتصرفه فيها لا يعدو ظاهر الأرض
وأجزاء التي هي من حشها كالأحجار والمعادن الحجرية ، أما المعادن التي
يست من حش الأرض ، وهي الفلزات التي تدور بالبر وتقس الطرق
واسحب « تصرف » يتناولها ، هي « فيه » على أصل يد الأمام ، ويكون حكمها
حكم سائر المعائن والمعائن حسب بيت المال ، قال الله تعالى : « واعملوا لها »

عنهم من شيء ، فإن لله خمسه ، وللرسول ، ولدى القربى واليتامى والمساكين
 واس اسبيل » و بين المعادن التى توجد فى الأراضى التى لا ملك لها ، يكون
 حصة لبيت المال ، لأن لها حكم هذه القنائم . وأربعة الأحماس تكون للواحد .
 وقد يقال إن مقتضى منطق هذه الفكرة . وتساق أحزاب أن يرد أربعة
 الأحرار للبراءة من القنائم تقتضى أحكام العتق المقررة فى الفقه الإسلامى ، فإن
 لا يكونوا على قيد الحياة فلورثتهم ، وإن لم يعرف انقائهم ، ورثتهم قسب مال .
 وقد أحيى عن هذه من أذى القنائم كانت ثلثة على ظاهر الأرض تمتص
 لفتح ، وثوبها على ما فى ناطها حكمى على أنه نعمة لا منسلا على اصهار ، وقد كان
 هذا كافى لثبات خمس بيت المال . ولكن لا تكفى تلك ايد الحكمة
 لثبات حق القنائم : لأن يد اواجيد حقيقة ، وللد الحكمة لا تعارض
 المد الحقيقية فى ثبات ملكية ، لذلك كان اء احد اوى أربعة الأحماس من
 القنائم (١)

ب قال الرسول صلى الله عليه وسلم : « بحره حمار » (٢) ، وحمار
 حمار ، ويعمل حمار ، وفى الزكاة الخمس . وقد أخذ أبو حنيفة واصحابه من
 هذا الحديث دليلا على أن المعدن نجح فيها الخمس إذا كانت من غير خمس
 لأرض : لأن كلمة الزكاة تشملها . ذكر جمع رصة زكاة ، وعمل
 يستحب على حواهر الأرض المدفونة فيها ، وعلى ذلك يكون فى المعدن
 التى تحتها دفينة فى الأرض . وهى مايس من حسب الخمس بيت المال
 بمقتضى الحديث .

ولا ينبى هذا الاستدلال . قول النبي صلى الله عليه وسلم فى صدر الحديث ،
 ولعدن حمار أى حمار لأن ذلك ليس معناه لأشياء فيه من الواحات والاراض
 الداية الواحة لبيت المال ، بل ان مراد أن من يهلك نفسه أو من يهلك نفسه

(١) راجع فى هذا امدية وفيه القدر والعمية وادبى وادبائ

(٢) حمار معدن حذر فصرده لملكه والخاصة بمعنى انه لأشياء فيه من الواحات والاراض
 ولا يكر على هذا أن يكون شئ غير معدن ، وفروود أنه فى امدية من السكبر .

العجوة و بسبب الوقوع في الشتر ، فقد هلك من غير دية واحدة ، ومن دمه ويسهب هدرا ، وقد كان العرب قبل الإسلام اذا عطب ارجل منبه في قليب^(١) جعلوا القليب عقلة ، واذا قتلته دابة جلولها عقلة ، واذا قتله معدن حموه عقلة^(٢) ، فمن النبي صلى الله عليه وسلم ان شيئا من هذه لأشياء لا يكون عقلا من يقتل بسببها من غير نسب أو عصب . وبأسبب تعدد بيان حكم المعدن والمناجم ، اذ قيل فيها شعص أن بين حق بيت المال فيها ، وهو حق الله سبحانه وتعالى ، فبين أنه أحسن ، وعلى ذلك لا يكون صدر الحديث مافيه تفسير الركاز ، يشمل المعدن ، بل على البعض من ذلك عهد له ، وبهي ، الأدهم ثقله وفي الحق أن ذلك الحديث موضع سارع اث ثمة والحمية في الاستدلال ، فاشعية التحوامه داللا على أن المعدن لا حمس فيه ، لأن صدر الحديث بين أنه لا شيء فيها ، وأن الركاز مقصور على دين الحمية ، والحمية يتحدون من الحديث حجة لهم على التحوامه بيده ، وبما تمثل اني تخرج الحديث على منعه مذهب الحمية ، لأنه لو فسرها كلمة حصر معنى لأشياء فيه ، كان المعنى أن كل معدن لأشياء فيه ، وكل دابة لأشياء فيها مع جمع العلماء على أن من الدواب فيه ركاز ، ومن المعدن ما فيه ركازة ، وذن الأولى أن تفسر كلمة حصار بما لا يقتضي مع ما هو مقرر في الشرع الإسلامي ، وهو ما فسرها به الحمية ، وهذا التفسير فوق ذلك مأثور ، هو أخرى بأعموم .

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « في السيوف الخمس » والسيوف هي عروق الذهب ونخسة ، وذا كان لذهب والنخسة قد وحب فيها الخمس ، فكل ما شبيها في خواصهما من فاسيته الاضهار وتعدد باخرارة والطرق والسحب ولا يندفع له حكمهما ، لأنه ليس من حسن لأرض منهما ، فهو دين فيها والله حكيمها

(١) القليب الشتر والعلل الدرة .

(٢) راجع في هذا كتاب المرح لاج يوسف .

٦٧٥ وإذا كان الخس في معدن القامة لا يطاع ميت إمام فإربعة الأحاس للواحد ، وذلك بالاتفاق عند الحنفية إذا كانت الأرض ليس لها مالك وإذا كانت الأرض ممنوعة ملكا خاصا ، ففي المسألة روايتان . رواية أنه لا خس فيه لبيت المال ، بل يكون كل المعدن ملكا . وذلك لأن المال قد ميث الأرض بكل أجزائها ، ولا يشك أن المعدن كغيره كان نوعها تعتبر من أجزاء الأرض ، لا من دوائرها ، وعلى ذلك يكون لها حكم الأرض في ملكيتها بحجب . والرواية الثانية - وهي رواية الجيع الصغير عن أبي حنيفة - وهي رأى صاحبين أنها يؤخذ منها خمس . وثمة الأحاس يكون مالك ، وهذا هو الأرجح ، لا ذكره من الأدلة ، وما سنده من التراجيع ، فإنها معمومة مانتهج من أحكام تشخص معدن الأراضي الممنوعة والأرضى غير الممنوعة ، ولا دليل على تخصيصها بمعدن غير الممنوعة ، فلهذا نرى المدعي ، فنتيجة على عمومها .

٦٨ - وإن كان هذا المعدن في دار لا في أرض رابعة ، فقد اختلف فيه الإمام وصاحبه ، وصاحب بريان أن فيه الخس لبيت المال ، وأربعة الأحاس مالك المعموم الأدلة التي تثبت أن في المعدن الخس ليست من ، وقد بيناها في التبعة السابقة .

وقال الإمام : أنها لا خس فيها ، بل كل مالك الأرض ، وحجته في ذلك أن الضرائب لمسة لا تفرض على المدور في الإسلام ؛ لأن المدور في المدور أنها من حاجات الأسان الأنصية ، وقد كانت كذلك في عار الأرماني في عصر ارددور النهضة الفقهية الإسلامية ، بل كانت الضرائب خراجا أو عشر على لأراضي الرراعية ، وإذا كانت المدور تنقسم ما تنتجها قواعد لفقه الحنفى ليس عيبا من ولا فرائض ماسة ، فكذلك كل ما ينقص منها ، وكل ما هو من أجزاء أرضها لا مئونة فيه ، ولا ضرائب تحجب منه ، والمعدن كغيره كانت حائلا حرة من أرض المدور . وحدث فيها فيها حكمه ، فلا يكون ثمة فريضة مائة ، وعلى ذلك لا يكون فيها خمس

٦٩٨ - تبين مما تقدم أن المعادن التي تقع الانحجار باسم والاطباع فيها الخس باتفاق قته. الخمسة في الجملة ، وإن احتسبوا في بعض التفصيل على النحو الذي ذكرناه ، وقد اتفقوا على أنه لاخس في معادن الحجرية ، لأنها حر ، من الأرض ومن حسبها ، فهي نعمة للأرض من كل النوحه ، فإن كانت الأرض لا مالك لها ، فهي لتواجدتها ، وإن كانت الأرض مملوكة فهي لما سكر ، وكذلك اتفقوا على حكم المعادن الستة ما عدا الرنق ، فلاخس فيها بالاتفاق ، لأنها تشبه الماء ، هي لحجزها ؛ لأن الماء يملك بالاحرار ، ولاخس فيه لبيت المال .

ولكنهم اختلفوا في موضعين : أحدهما في الرنق فيه الخس أم لاخس فيه ؟ وفي لآلئ البحار فيها الخس أم لا . فأما الرنق ، فقد قال أبو حنيفة ومحمد رضى الله عنهم ان فيه الخس لأنه يشبه الرصاص ، فهو من الفلوات المعدنية وإن كان سائلا . وقال أبو يوسف انه سائل ، فهو ككاريوت الأرضة كاسترول وبحيره ، وقد كان هذا رأى أبى حنيفة ، والأول رأى أبى يوسف ، ولكن رجح كلاهما عن رأيه إلى الآخر ، فقد جاء في السدائع وشرح الريلقى أن أبى يوسف قال : « سألت أبا حنيفة عن الرنق ، فقال لاخس فيه ، فلم أر له حتى قال فيه الخس ، وكنت أظن أنه مثل الرصاص والحديد ، ثم لمعنى بعد ذلك أنه ليس كذلك ، وهو بمنزلة القيور والقط » .

وأما ما يوجد في البحار من لآلئ وغيره ، بل ذهب وقصة وغيرها من المعادن فلاخس فيه عند أبى حنيفة ومحمد ؛ لورود الآثار عن ابن عباس أنه قال لاخس فيه ، ولأن سبب الخس في المعادن التي ذكرها يد الامام على الأراضي لمفتوحة ، وما في اصحابها ، وليس للامام يد على لبحار ، ولأن ما يوجد من لبحار يشبه الأثمانى التي صاد منها ومن بيت المال الخس في الأثمانى . وقال أبو يوسف فيما يليق به لبحر الخس ، وحثته في ذلك أن عمر رضى الله عنه أخذه منه .

§ ٧٠ مد كونه كله كان في المعدن ، وهو خلاصة آراء الأئمة فيه ، أما كسور ، فقد اتفق بفقهاء على أن ما كان عليه شعر يدل على أنها ذهب في الأرض بعد الإسلام فهي كسور إسلامية ، تجري عليها أحكام الانقطة ، فيعرف لأقضاها على المدة المقررة لأشياء من الأشياء ، من عرف ما كسرها أخذها ، وإن لم يعرف مالكتها ، تصدق بها على الفقراء ، وإن كسرها وعبرهم من مصروف الصدقات ، ولا بد منه حيث من أن يفتقها في شئونه الخاصة إن كان يبيعها فحري عليه صدقة ، ونجوى ، منه إرثاكة

وإذا لم يكن على كسور شعر يدل على أنها ذهب قس الإسلام ، كما لم يكن ما يدل على أنها ذهب هذه وقتها ، الأقدمون كانوا يبيعونها أنها كسور جاهلية ، ويجري عليها أحكام الكسور الجاهلية التي سببها في ثقي ، لأن الأعراب التبع في عصرهم أن الكسور من وضع أهل الجاهلية ، ولكن حلف من بعد هؤلاء أنهم حلف رأوا تطاول اليهود الإسلامية ، وتغادى اليهود الجاهلية ، وبعد انتهى بينهم وبينهم ، فاعتبروا بذلك كل كسر من عليه شعر يدل على ذهبه في الجاهلية أو بعد الإسلام إسلاما ، إذ ذلك هو قريب إلى الأصل ، راجح ، جعل الأمد ، بتقدم الأرمال وهذا كلام في ذاته مقبول .

§ ٧١ — هذا ما نرى أنه في الكسر الإسلامي أنه رأيهم في الكسر الجاهلي ، وهو ذهب أهل الجاهلية انتهى اشتمل على ما يدل على ذلك ، أو لم يتم دس على أنه دين أهل الإسلام على الخلاف انتهى سلفه . فقد اتفقوا على أساس فيه ، وهو أحد خمسة بيت من . وذلك لانعاقبهم على إطلاق الحديث المشهور (ومنى لركار الجنس) عنه ، وإن احتلوا على أنه يشمل المعادن أو لا شملها ٧٢ ومع اتفقهم على هذا الأصل ، وهو أن ذهب الجاهلية فيه الجنس سببت المال احتلوا على تفصيلات حوز هذا الأصل ، وحجة ما اختلفوا فيه . (١) نوع للدين انتهى يحب فيه الجنس ، (٢) والأراضي التي يحسب فيها يوجد فيها من الدين الجاهلية الجنس ، (٣) ومقدار البطائن التي تخمس .

أما نوع الذهب فقد قال فيه الخنثيه ولم تكنه ان كل دين دى قيمة
سوء كان من المعادن النادرة لا يصهر أم من المعادن الخشنة كما كانت
والمن يحسن : وذلك لأنه في معنى العنق اذ هو على حكم ملك الجاهليين ،
واسمى سبه ، والعنق يؤخذ حسب نيت من ، ولأن العنق « في الزكاه
المن » يشبه من غير تفرقة بين معدن ومعدن ، ولا بين نوع ونوع ، وفي
مذهب شافعي أن الأثمن . وفي المذهب واقع فيه المن ان كانت من
دوئ اذهب . ثم غير الأثمن في المذهب القديم يجب المن ؛ لأن عليه
حقا مقدرا بالمن ، فلم يختص بالأذن خمس العنق . وهل في الجديد لا يجب
المن في غير الأثمن : لأنه حق متعلق بمسند من الأرض وحسن الأثمن
كالمعدن عنه .

ومش هذا جرى الخلاف في اشتراط مقدار نصيب الزكاة في الدين .
والأمة والمذهب عليه عند الشافعي لا يشترطون شوت المن نصيبا ، لأن
المن لا يؤخذ على مدع الزكاة ، بل يؤخذ على أنه عنق ، والعنق خمس
في كل مقداره . ولأن ما يخص كثيرا بحسن قبيله . وفي مذهب الشافعي
أحد . لا خمس ما دون العنق ؛ لأنه حق متعلق بمسند من الأرض
فاعتبر فيه العنق كالمعدن عنه .

وأما لأرضي التي يؤخذ خمس ما دون من كوز الذهبية ، فهي كل لأرضي
من غير قيد ولا شرط ، سواء كانت لأرضي حرة أم لأرضي عشرية ، وسواء
كانت مساحة أم متوكة مسك حصا ، وسواء كانت حرة أم متوكة أم مزراع
وفي مذهب الشافعي أن المن لا يؤخذ إلا من الكثر الجهلي الذي وجد في أرض
موات أو أرض غير موات يعرف ملكها ؛ لأن موات لأمالك له ، وما لا يعرف
ملكه مملوك لموات . أما في غير هذين النوعين من الأراضي فلا خمس ، بل كله
للمالك ، إذا كان المالك مسلما أو ذميا .

٧٣٩ - وهذه حاصة ما نقل في نوع الكثر الجهلي الذي يجب فيه

الخمس ، ومقداره ، والأراضي التي يوجد فيها والاختلاف في ذلك ومنه يتبين أن مذهب الخمسة لا معين فيه نوعا خاصا ولا مقدارا خاصا ، ولا أرض خاصة ، بل فيه كله الخمس . ما أربعة الأقسام ، فذهب أبي يوسف إليها للواحد ، وكذلك الشافعي ، لأن الشافعي لا يفرص الخمس في زكارة إلا في أرض ليس لها مالك ، فمن الداهية أن تكون أربعة الأقسام للواحد ؛ لأنه لا مخرج يدرعه ، أن أبو يوسف الذي يفرض كسائر الخمسة أن الخمس حق مقرر لبيت الله في الكسور الجاهلية كلها ، مما تمكن حل الأراضي التي يكون فيها ، فحقته في حكمه أن أرضه الأقسام تكون للواحد — أن هذه الكسور عسمة وأقسام لم يستوى عليها ، وأول مستول عليها في الإسلام هو الذي وحدها وعثر عليه ، فهو بهذا الاعتبار المالك لها ، وما الخمس الذي يؤخذ منها لا على هذا وجه ، ولأن أول مالك الأرض في الإسلام الذي احتجب الإمام له ، وأعطاه إياها ما ملك لا لأرض وما هو من أحرانها ، ولا شك أن هذه الكسور ليست حراما من الأرض فلا يرد عليها ملك المالك الذي ختصت له ، وإذا باع المالك لأرض لغيره فليبيع ما وقع الأعلى ما يملك وهو لأرض وأحرانها ، ولكل واحد حصص يس من ، بل هو حق على أصله ، وهو كونه عسمة يحكم به من جاهيين محاربين ، فهو لأول مستول عليه ، وهو الواحد ، ومقتضى المال خمس .

وقال أبو حنيفة ومحمد ، وهو مذهب مالك أن أربعة الأقسام تكون للواحد أن كانت الأرض غير مملوكة لأحد ، وما إذا كانت مملوكة ملكا خاصا فهي لأول محتط في الإسلام ، أي لأول من بنى ملكية هذه الأرض من الإمام عند ما فتحها للمسلمين ، ودرع الإمام ، فإن لم يكن المحتط حيا فوريثه . فإن لم يعرف أول محتط ولا وريثه ، فقبل تكون سب المال ؛ لأنه وارث من لا يعرف له وارث ، وقبل تكون لأقصى ما مك معروف في الإسلام . ولورثته من بعده ثم سب المال ، وعلى أية حال فبالمعركة أن أربعة الأقسام لا تعطى مالك الأرض وقت الغزو على الكسور باعتباره ما كان الآن ، ولا تعطى للواحد ولا تعطى لأول محتط على التعميل الذي يبيده ، ووجهه نظر أو ثبوت الأئمة في البحث

عن من يحتط أو ورثته واعطائه أرملة لأخمس أن الامة عندما أعطته الأرض ،
 انه ملكه إيها ، لأنه هو وسائر المتبحرين قد استقروا على الأرض عما فيه ، لأن
 الاستيلاء واقع على الجميع ، وسلك يكون توزيع الامام للأراضي واقعا على الأرض
 وفيها أيضا ، فيكون صاحب الحظوة على تلك الأرض التي ظهر فيها كبر اهلها
 ما كمال الكبر يقتضي امتلاكه للأرض بتوزيع الامام . وانتقال الملك من
 صاحب الحظوة الى غيره يعقد من عقود نقل الملكية يرد على الأرض من غير
 الكور التي في داخلها : وذلك لأن العقود ترد على ما هو محبها ، وموضعها ،
 وموضع العقد الأرض لا ما في ناضها ، والذي لاحظته العقدان عند العقد هو
 الأرض من غير أن يلاحظ ما في ناضها ، وعلى ذلك تكون أرملة أخمس
 الكور الجاهزة صاحب الحظوة ولورثته من بعده ، وله انتقلت ملكية الأرض
 ميراثهم ، لأن العقود بالاقبال للملكية لم ترد عليها ، فلم تنقل من صاحب الحظوة
 أو ورثته ، ونظير ذلك من يسطاد ملكه قد اسلمت مؤونة ، أو يسطاد صرنا
 قد اسع فسا من الأحجار الكريمة ، ثم يبيعها غير عا على باصمها ، فإن
 ملكية المؤونة والحجر الكريم الثابت بالاستيلاء لا ينزل بعقد اسع : لأن عقد
 البيع قد ورد على الملكة من غير مؤونة ، وعلى طيور من غير الحجر الكريم ،
 فالملكية فيها تسمر ثمة بصادق تقتضي الاستيلاء .

٧٤ هذه كلمات موجزة في أحكام الميراث والكور في الشريعة
 الإسلامية ، ولأصول التي نيت عليها ، والآن نريد أن نشير الى كلمة القبول
 المدني المصري في الميراث والكور .

أما الميراث فمعبود القانون تابعة للأرض في ملكيتها ، فان كانت الأرض
 مملوكة ملكا خاصا فهي لذلك المالك ، وان كانت مملوكة لدولة ملكا خاصا أو
 عام فهي للدولة : لأن من ملك الأرض فهو مالك ما فوقها ، وما تحتها ، وما على
 سطحها ، وما في داخل حورها ، لا فرق في ذلك بين أن يكون فلان من فئات
 الأرض ، أو حرا من أحجارها ، أو يسوعا من يبايعها اربية .
 أما كور ، فهي للملك الأرض ان كانت الأرض مملوكة ، ووأحد

كانت الأرض غير مملوكة ، ودمت أن كل الكثر غير معروف صاحبه ، فإن عرف صاحبه فيه له ، ودمت من غير فرقة بين كثر جاهلي وغير جاهلي . غير أن هناك رسم مقرر على ذلك قد يفتنه لأئمة ارسيد . وقد ذكرت تلك الأحكام المادة ٥٨ وهما نصها : « مال المصون في الأرض الذي لا يبيع له صاحب يكون لمالك تلك الأرض ، وإذا لم يكن للأرض مالك كان المال المذكور لمن وحده ، وعلى كل حال يجب أن يدفع بحكومة رسم المقرر في قوانينها » .

وهذه الأحكام عامة في لكبر لا تطلق على سكور التي تكون ذات قيمة تربية في التعريف بمصر من المصون . وتضمن أمور الأمة في حين من حين ، وهي مانس في الأرض ، ودمت في أنتم به مستعمل هو القانون رقم ١٢ سنة ١٩١٢ . وقد اعتبرت الحكومة تقتضي هذه الصور كل أثر في جميع أنحاء النظر المصري يكون على سطح الأرض أو في طب من لأماكن اعمدة الآثار قد استشهد هذا القانون عهده (١) .

وقد عرف ذلك القانون في مادته الثانية الآثار بأنها كل ما أقيمته وما أحدثته الفنون والمعمورة والآداب والسياسات والأحاديث والصناعات في القصر المصري على عهد المراعنة ، وملوك اليونان ، والرومان ، والبيزنطية وشرفية ، والآثار المصرية كما سبقت ، وما هو مبحور وغير مسموع من كنائس كبرى أو صغيرة وثنية ، وكحصون وسواريس ، وبيوت وحمامات ، ومقابر ، وبنائين ، وبنائين وصهاريج وصري ، وبحار أثرية ومسجلات ، وأهرام ، ومقابر مصرية أو مغمورة في الحصى ظهره كانت على وجه الأرض أو غير ظهره ، ونقوش وروايات من أية مادة ، منحرفة كانت أو بدون زخرفة ، وأغطية المومياء المصنوعة من لوزي شدي ، وموميات الناس والحيوان ، الصور وأحواله الصنعية الموصلة ملونة كانت أو مدهنة ، ونسوانه ، لشمس والشمس الكبيرة والصغيرة سواء كان عليها كتابة أم لا ، والنقوش على الصخور ، والشقف المرسومة ، والنقش

لمكتوبة على الرق أو القش أو البردي والأسلحة واعداد ومتواعين ، والآية
وارواح ، والصديق لصخرة ، وأدوات القرايين ، وأقمشة الملابس ، والملابس
وإبريق ، والخواصم ، والخل ، والحلجان ، والناثم من أي شكل وأية مادة كانت ،
ومشاقيل ، والعملة القديمة ، والمكوك ، والقوب والحقارة المعجورة »

وترى من هذا حصن أن بعض الكثر الخليل دخل في عموم ذلك فممن
وكان بعض آخذه . ولكن الآثار العربية وهي ما عثر بعض كثر اسلام
تدخل في هذه المادة لأن مدى ذلك المادة لا يتجاوز آثار اليونان ورومان .
والآثار الفارسية ، وهذا لا يشمل ذلك فممن آثار العربية . وقد حده حكمها في
القبول رقم ٨ سنة ١٩١٨ وفيه غير الأصل في الآثار العربية أن تكون ملكا
للإمة كالآثار المصرية ويونانية ورومانية ، وقد اعتبر أثرًا عربيًا « كل شيء
أو مفعول يرجع عهده إلى مدة لمحضرة بين فتح حرب مصر ، وبين وفاة محمد علي
ثم قيمة فيه وتاريخه ، وأثرية معتد به مضمنا من مصادر احبار الاسلامه
أو حصار المعتد به في قامت على ساحل بحر الأبيض المتوسط ، وكانت حصنها
تاريخه تنصر وسمى حكم الآثار العربية على ما له قيمة فيه أو تاريخية أو
أثرية من الأدلة والكتابات المنصبة المعجورة ، وأي نقد في الآثار الدينية التي
رجع عهدها إلى مدة لمحضرة بين أوائل القرن الماضي ، وبين وفاة محمد علي »
ومن كل هذا يستعد أن الأصل في الآثار سواء كانت فرعوية أم
مسيحية أم يهودية أم رومانية أم عربية أن تكون ملكا للدولة ، وبذلك حلف
الندوب في آثار حكمه بشرقة في كصور التي تعد منها سوا كتاب حرمه
أم سلاطيه ، كما حلف في كصور في لا تعتبر آثار على ما يجب

الصيد

٧٥٨ صيد سم كل حيوان سميع على الأرض لا يتكرر أحده
وحشره إلا مرة واحدة في حياته أو صيرته في قومه ، وسحقه في غمق
البحر ، وكل حيوان على هذا وصفه لا يعتبر مملوكا لأحد ، مادام لم يسبق

الاستيلاء عليه ، فإن سبق أحده بالاستيلاء عليه ، ثم أطلق منه وأتى ، فهو مملوك
 به وليس ع. ح. ، فأمرال بن استولى عليه شخص ، ثم أتى ، وعليه علامة تدل
 على سبق الاستيلاء ، كخوق في عقه ، فهو ملك لمن سبق إليه أولاً ، ومن أثر
 عليه ثانياً يعتبر في يده غنمه ، يحب العربيف عنها حتى يعرف صاحبها ، ويسيش
 التلقظ من معرفته على ما هو مقرر في أحكام اللفظ ، فيتصدق بها على الفقراء ،
 أو تصرف في مصارف الصدقات بمسير أعم

وإذا كان الحيوان المستع لم يثبت أن أحداً استولى عليه من قبل ، فهو
 مباح يملكه من يصطاده ، واصطياده أن يمسكه بأمس ، كمن يطارد حياً ،
 حتى يمسكه ، ولكن يبقى شريكه ويسوى على السمث ويمسكه ، ويعتبر اصطيداً
 كل فعل من شأنه أن يجرح الحيوان عن صفة الامتناع ، وعدم القدرة عليه ،
 ويشترط لأحد أن يكون هذا الفعل اصطيداً مثلاً للمسكة شرطان : أحدهما أن
 يحسن الفعل الحيوان غير قادر على الفرار والعودة إلى حاله الصمية التي كان عيب ،
 بحيث يصير في مكانة الشخص أن يمس عنه من غير أي معاناة . ثانياً أن
 يكون قصداً لذلك الفعل الاصطياد لا أمراً آخر ، وعلى ذلك يكون من الاصطياد
 حفر حفرة يكون شركاً تردى فيه الصاء أو أي حيوان متوحش ، فإذا وقع فيها
 ذلك حيوان فمجرد وقوعه يكون حفر الحفرة ؛ لوجود الاصطياد انتهى هو من
 نوع الاستيلاء على المسح ، محقق الشرطين ، ومن يستولى عليه بعد ذلك بعد
 معنصا له من حفر الحفرة لذلك الغرض ، ومثل ذلك في الحكم من هأ مكاناً
 في حافة الماء لاصطياد السمث فيه ، معاً مكان سمك كثير ، فحدي يصفي الماء
 منه ، حتى صار السمث بحيث يؤخذ . يد من غير معاناة . لة حري للاصطياد .

ولا يعتبر اصطيد إذا حفر نراً المستنط منها ماء ، فوقع فيها ظبي مثلاً
 وبذلك لا يملك الظبي صاحب نر تلك الوقوع ، بل يملكه أي مستول بعد
 ذلك ، ولو كان غير صاحب النر ؛ لأنه ما عد النر للصيد بل للصيد ، ولم يتوفر
 الشرط الثاني ، وهو قصد ، ومثل ذلك في الحكم ، من عد ركه أيوى بها

السمك ، وقيل الماء فيها ، ولكن السمك لا زال يحل لا يمكن فيها أحده إلا
بآلة اصطياد : فإن السمك لا زال غير مملوك صاحب البركة ، ويملكه أى
شخص ستولى عليه ، وهو كان غير صاحب بركة ، وذلك لعدم توافر اشترط
الأول ، إذ لا زال السمك ممتنع ، وليس فى قدرة الإنسان أحده من غير آلة
اصطياد .

وعلى هذا الأصل تنوع فروع كثيرة ، يس فى ذكر بعضها
كبير فائدة وفى ذلك الاحتمال عدة ، وبملاحظته تعرف أحكام هذه
الفروع

حيارة المباح

§ ٧٦ الأشياء المدحة كالأشجار والكلاب والقطط الخيل ، وهما الكلاب
أتى لا مالك لها وأحاطها ما دامت غير مملوكة لأحد ، هذه كلها مساحة وحيز
سب ملكيتها ، فأول محتاز هو مالك لأول لها ، نشأ ملكيته تلك الأخيرة ،
هذه قاعدة عامة لكل الأشياء المدحة ، علق على ما ينشأ عليه عمومها من
حرثيات ، وقد فصل فيها الكلام فى موضع من المساحات بعض التفصيل ، وهما
الكلاب ، والأحاديث ، وان سائر أمتها ، فى ذلك فتقول كلمة موحدة فيهما كثرتهما
فى الملاد الزراعية ، والمساقى دواب الخيل .

فأما الكلاب فهو ما يبت من الأعشاب يغير بذر أحد ، وهو مباح سواء
أبت فى أرض غير مملوكة أم ببت فى أرض مملوكة : لعدم قوته عليه اسلام .
« الناس شركاء فى ثلاثة : الماء ، والكلاب ، والبر » ولشركة ثلثة بالحدوث
هى شركة الناس أجمعين ، وشركة الناس جميع هى الإباحة للكافة من غير
تخصيص أحد ، ولذلك اتفق فيها الخفية من غير خلاف بينهم على أن الكلاب
دأبت ولم يسبق فعل أحد ، ولو فى أرض مملوكة يكون على الشركة لعدم
الصعوبة ، وهى الإباحة ، ولكن اختلفوا فى العشب الذى يبت فى أرض مملوكة
من غير فعل أحد ، ولكن يفتى بفعل صاحب الأرض ، فقال بعضهم أنه مملوك .

لأنه أحياء ناسخى ، يخرج بذلك عن أصل بحثه ، وهما لا كثرون ، وهو
روية صهر الرواية : أنه باق على الأماحة لأصله ، معونه الحديث ، ولأن است
بناء است ، والندرة كمن ثلوك لأحد ، فهو وهو يرجع من على حالة الأماحة
الأصلية .

وإذا كان السكلا مسحا ، ووكان في رخص تموكة ، فهو لا يعتبر تموكا
صاحب الأرض ، وإنما هو تموك من يحميه ، ووكان غير صاحب الأرض ،
ويس لصاحب الأرض أن يمنع أحدا من قطعه ، ووكان من يمنع المس من
دخول أرضه . إذا كانوا يحدون السكلا في غير أرضه ، فماذا كانوا لا يحدونه
في غير أرضه ، وهو في حاده به حيروه بين أن يخرجوه إليهم في حده ، حجبهم
منه ، ويملكه يملكه لأرض ، ويمنوا منه مقدار ما يحد حجبهم ، وقد
الأصل الذي يسمى عنه هذه من أن وتسميهم عند كلامه على حق الشفعة ،
فارجع إليه .

٧٧٥ هذه حاشية موجزة لك وهو أنه في كلامنا ، فما الآدم .
وهي مسحة براكان في أرض غير تموكة ، وذلك مقتضى على أنه كذا طعمه ،
ولا مالكا لنا . وإنما في الأرضي تموكة ، وهي من لأحد الأرضي .
بمسحة ، بد العادات يست على ملك صاحب الأرض ، ومن لا يوجد معه الأصل .
والفرق بينهما وبين السكلا ، أن الأرضي لا تنصده مسكة ما فهم من السكلا و
لا عنه يست فيها منه ، بل تقصد به راعة . والسكلا يعني على غير راعة .
وعني غير مقصوده ، فهو باق على الأماحة ، لأنه يفسد قصداً نسبياً في الاستماع
بأراضي ، ولم تست بعض صاحب الأرض ، فلا وجه خروجه عن أصل الأماحة .
لأن الأحكام هي المنفعة المقصودة من فتح الأراضي المستعملة فيها ، ولأن
تسمى لأحد تقدم فيها من أشجار وما عنه ينود فيها ، ولا كتاب شئ مقصوداً
تمسكية الأراضي ، وهو من وجه الاستماع المقصودة في الملكة كانت تارة
الأرض ، يعني ملك عد حبا ، ويست باقية على الأماحة الضمنية .

حس عشرة سنة ، وامتنى أكثر هؤلاء الموء الوقف والارث . ومهم من شئ مع ذلك مال التميم ، وحصل مدة المانة من سماع المدعى عند الاسكار مائة هذه المستنابات هي ثلاث وثلاثون سنة ، وقد أحدث لائحة المحاكم شرعية سمع سماع المدعى مضي مدة خمس عشرة سنة مضي الوقف والميراث على ما حده الفقهاء وهو ثلاث وثلاثون سنة .

وعلى ذلك يكون في المدة المدة من سماع المدعى توقيتان : أحدهما توقيت لفقهاء ، وهو ثلاث وثلاثون سنة ، وفي العمل به في الوقف وميراث ، ولثاني وقت أوام لأمر ، وهو خمس عشرة سنة ، والعمل به جار في كل الأقضية ماعدا الوقف وميراث . وأساس التوفيق الأول الاجتهاد الفقهي ، وأساس التوقيت الثاني ما بولي الأمر من سلطة تخصيص التمه .

٨٥ — ويستدعى المدة من وقت ثبوت حق المطالبة بشرط ألا يكون عذر مسوع عدم المطالبة ، فإن وجد عذر مسوع لمسوع فمدة تندي من وقت زواله بعد ثبوت حق المطالبة . وإذا كان موضوع النزاع عيباً فمدة تندي من وقت ظهور واضح اليقظ امامك للعين ، وإذا كان موضوع النزاع عيباً فمدة تندي من وقت ثبوت حق المطالبة فبذلك لا من وقت ثبوت الدين في المدة ، فإذا كان الدين مؤجلاً فمدة تندي من وقت حلول الأجل ، لا من وقت ثبوت الدين . كان هذا إذا لم يكن ثمة عذر من كان عذر مسوع عدم المطالبة فمدة تندي من وقت زواله كما بينا .

واعذر مسوع التأخير ابتداء مدة أي وقت زواله (١) ما كان أساسه عدم قدرة المدعى على رفع المدعى كأن يكون قاصراً ، أو غائباً ، أو يكون من عليه لحق دأ شوكة يحشى منه (٢) أو يمكن في المدعى فدية لا فدية لاديين وعدم وجود من طاهر بعد فيه احكم إن حكم للمدعى ، فهذه كلها أعمار مسوعة تأخير رفع المدعى . وإذا حدث عذر من هذه الأعمار في أثناء المدة فمدة السابقة عليه تعتبر معانة ، ويكون حساب المدة من وقت زواله .

٨١ § وإذا سكت صاحب الحق عن دعواه مدة ثم جاء بوارث له من بعده ، وترك المطالبة مدة أخرى أحسنت المدينان وكان لا ابتداء من وقت ثبوت حق المطالبة للمورث ، لأمس وقت انتقال الملك إلى الوارث ، وكالمورث مع الوارث امتشيت مع المانع ، والموهوب له مع الواهب ، فإذا كان عتق شخص حق ارتفاق على عتق آخر ، ومعه منه صاحبه ، وكان له الحق في مفاصاته ، فترك المطالبة مدة ثم باع العتق أو وهبه غيره ، فتركه هو الآخر المطالبة مدة ، فابتدأ بدفعة من سماع الدعوى تنبئ من وقت ثبوت حق المطالبة للمانع أو الواهب .

نزع الملك من غير رضا صاحبه

٨٢ § ذكرنا في معنى أن أسباب انتزاع ملكه على انقضاء السابقة الملكية ، والمبصر للمع في هذه العمود هو الرضا ، كما سنبين ، فالرضا هو التبعة المقتضية لأموال في الشريعة الإسلامية : لقوله تعالى « يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بالباطل التي تكون حجة عن نفسكم » . بل أنه قد يتبرع الملك من صاحبه بغير رضاه في سبيل الله تعالى . ولأنه لا أدى عن غيره ، بحيث يكون مفعلة التي يملكه ذلك من بعد العين في ملكه أقل من الضرر الذي يسبب غيره بهذا التبعة . والأحوال التي يبرع فيها الملك من غير رضا صاحبه ترجع إلى ثلاث :

أولاه : نزع الملك لمنافع الكفاية كترع ملك للطريق العامة ، وشق الترع وقد اعتبر بعض الفقهاء من المنفعة العامة لمصلحة المساحد ، حتى لا تضيق بالأمس « صد غل في حاشية أبي السعود على ملا مكين عن الرابحي أنه إذا صاق مسجد على أساس ، وبحسبه أرض رحن تؤخذ بقيمة كره ، لأنه لم صاق مسجد لخرأ أخذ الصحابة بعض ما حوله من الأراضي بكره . ودخلوه في المسجد ، وهذا من الأكره الجائر » ^(١) .

والأصل في هذا هو ترجيح منفعة الكفاية على منفعة الآحاد ، ولأنه

(١) راجع كتاب معاملات الأئمة في الحبل الشيخ أحمد إبراهيم بك .

لا يترتب على الأخذ من المالك كثير ضرر له ، لأنه يعرض بالقسمة ، والقسمة
تقدر بمعرفة أهل الخبرة العلوية .

ثانيها : بيع المالك بعد دين على صاحبه قد امتنع عن أدائه مطلقاً
وطناً ، فليقتضى في هذه الحال أن يحجر عليه ، قسمه من التصرف في ماله إذا بيع
بدايموب الأمر به . ويؤدي الدين من أمواله فيؤخذ من القود ، فإن لم تكن
قود أو عدت أو نفد مع ما يحشى عليه تنفذ وما يكون بعد البيع كعرض
تجارة ، فإن نفذ بيع مقدر . وهذا كله في حال عدم يس
للقاضي أن يبيع من شخص غير رصده . ويؤدي منه الدين رغم أنه ، من
يحسه حتى ، في هو دين بأي طريق أحب . وحجة لأصحاب أن مصلحه حرم ،
و علم وحسب دفع ، وهذا أصح جداً من أداء الحق تحت أقدم قاضي مقدمه في
رد حقوق أي ذممه ، لأنه يصب لأقامة الدين بين من ، وذلك ضرره
وهو جهة نظر أبي حنيفة أن الحجر والتصرف في ماله من غير إرادته هو لأهليه ،
وهو ضرر عظيم لا يجوز الخوف به دفع ضرر خاص وشك دفع ضرر بالخاص
وحاله على أن يؤدي ما عليه من حقوق من غير تعرض لأمواله حتى لا يضح
تس إلا برصده

ثالثاً — لأخذ شفعه ، فإن استكراهه في بيعه ، فمعه ،
وهو خاص بها .

الشفعة

§ ٨٣ - الشفعة أثر من آثار عقد البيع ، ويعدها بعض الفقهاء سبب من أسبب ملك ، وهي على أية حال سبب سدا احتذره ، بل تعد من روع الملك جبرا عن صاحبه .

و شفعة ^(١) شرعا حق متلاذ حق اميع جبرا عن مشتريه ما قام عنه من التمس والتكاليف .

والسبب الذي يبط به سبب شفعة ، بحيث اذا تحقق تشتت ، وان لم يتحقق سبب هو الاتصال بين عقد شفعة وعقد البيع (١) ، ما اتصل شركة على شيوخ بن كان ، عذر اميع حره ، شأنه في عقد الشفعة (٢) أو اتصال شركة في حديق الارتفاق الخاص (٣) أو اتصال حوار ملاحق . وإذا وجد واحد من هذه الأمور الثلاثة ، فقد ثبت الشفعة ان تحققت شروطها . وإن انفت جميعا لم تثبت ، وعند ثبت الشفعة سبب ذلك الاتصال لاحتمال نصرة مالك بسبب المشتري الجديد الذي سيتصل به جبرا ، وهو لأغرضه ، فلا بد من عدل فتؤمن بوائقه ، أما مع فتنى بوائقه ، فشرع له لأجل عدم لاحتمال حق متلاذ ما شتراه جبرا عنه ، وفي ذلك دفع لأذى يحصل به من ضرر كبير بسبب أو مشتري ، مع تحقق مع الشفعة ، ودفع ضرر المتوقع له .

وتتقرر فقهاء الشفعة ثبت على خلاف الأصل وتقدس ، وأنها أمر مستثنى ، وذلك لأن الأصل ألا يتصل ملك من صاحبه في غيره الا بظبط نفسه ورصاه ، وفي شفعة يملك عقار جبرا عن صاحبه ، وهو المشتري ، إذا تلتضى عقد اميع صار هو المالك ، ومع ذلك يبرع منسكه جبرا عنه ، ومن جهة أخرى ترى في

(١) مأخوذة من بعض شعاع ، وهو يعنى ، علقين ، مطلق على جبر ، ومنه شعاع على ا. و ج ، لأن كل واحد من الأخر ، ويصلى على راد ، ومنه شاة سابع اذا كان معها ومنه ، لأنه رادها ، والشفعة يصح أن تكون مأخوذة من شعاع على صم لأن الشفعة يصح انصر بيع في ملكه ، ويصح أن يكون مأخوذة من شعاع على راد ، لأنه يريد منسكه سبب الشفعة .

تبرير من شأنه انصراف الناس إلى ما فيه مصلحة، لأنه داعية إلى عملهم في
الشراء، منهم من اشتروا بربع من كل شيء، لا يبدلون على شيء، وقد كان
معتبرا للمع، كان بين حادين: إما احتل الضرر من به لدى نظره للمع،
وحدث أدى لأرب فيه، وإما التزعب في منع لدى عرص ليس عنه عرصه
شمن محس منه عن فحش عليه، ولكن قد اضطر إليه.

ومن حل هذه الاعتبارات فإن أحكام شريعة حاربه على غير مقتضاه
نحو عقد القرض، من حل هذه الاعتبارات أمكن أن يكون الأصل مشروع
شعنة (١)

٨٤ - وقد قد أن بين أن شعنة مشروعيتها على مقتضى أصل
شريعة، ويست محله لأصلها، فهم يقولون «من محسن الشريعة وعددها وقد
تصلح العباد وروده شعنة، ولا يلقى غير ذلك، وإن حكمه شرع اقتضت
رفع ضرر عن مكلفين ما يمكن، وإن يمكن دفعه لا يضر أعظم منه فله
على حاله، وإن أمكن دفعه برب ضرر دونه دفعه به، وإن كان شركة
مشأ الضرر في جانب، وإن خطره يكثر فيه نفي بعضهم على بعض، شرع أنه
سحابة وتعالى رفع هذا ضرر بمسمة برة وإفراد كل من شريكين متضمين،
وإن شعنة برة أخرى وفرد أحد الشريكين بسخنة إذا لم يكن على الآخر ضرر
في ذلك، فإذا أراد مع تضمينه وأخذ عوصه كل شريكه أحق به من لأحس،
وهو يصل إلى عرصه من عوض من أيها كان، فكان الشريك أحق بدفع
العوض من لأحس، ويؤول عنه ضرر شركة، ولا يتضرر شيء، لأنه ليس
إلى حقه من الشئ، وكان هذا من أعظم مبادئ وأحسن الأحكام المنطوقة للعقول
ونظرة ومصالح العباد» ويقول في قول الفقهاء إن الأصل ألا يخرج المال من
يد صاحبه لا تطيب نفسه: «إنما كان الأصل عدم انتزاع ملك الإنسان منه

(١) ولكن رد عنه جماعة فقهاء مسلمين عن إيجاب شعنة، وورد الآثار المذكورة
لتصغيره بالناس، وأن ضرر الذي كان عليه لا يقع ليس كره، لأن لئلا يجدوا متعسر
مع ثبوت الشعنة.

الارضه ، فيه من حكمه ولا صار له . فأما ما لا يتصلح له ولا صار له ، بل مصلحة له ، عياله انتم ، فشركه دفع ضرر الشركه عنه ، فليس الأصل عدمه . ان هو مقضى أصول شرعه ، وان أصول الشرعه توجب المصلحة للمصلحة . مصلحة تواجده ، ان لا يرض صاحب المال وركه معاوضته شركه مع كونه مقصد ليسع فيه ، واصرار شركه ، فلا يمكنه شرع منه . ان من تأمن مصادر شرعه . مورد ، بين له ان شرع لا يمكن هذا الشريك من نقل نصيبه الى غير شركه ، وان يحق له من ضرر مثل ما كان عليه أو أريد منه مع أنه لا مصلحة له في ذلك » (١).

٨٥ مما تقدم قد تبين ان شعبة لا تكون لاني عقد ، ونها تكون للشركه في نفس عقد . ثم ، ينص في حق الارتفاق ، ثم مجيران ، وحدث كنه مذهب الحنفية ومن عمن . من ثبت الشعبة في غير عقد (٢) والخبره لعظمى من فقهاء ، لا يشوبها لا شريك في نفس عقد ولا يشوبها لشركه في حقوق الارتفاق ، ولا مجيران .

وقد سئل (محمود) (١) : ان روى من قوله صلى الله عليه وسلم : « الشعبة فيه » قسم ، وهذا وقت الحدود وجه من صرف « الشعبة » ، وقوله عليه سلام . « قد قسمت لأرض وحدت « الشعبة » وفي هذا يعني شعبة بعد ان بين الحدود . ولا شك ان الحد من بين حد حده ، ويصح حقوق الارتفاق مقصوله أملا كونه يعصب عن بعض ، فلا شعبة فيها بعض حدث . إذ هي الشعبة بعد

(١) جمع كتب عس في الشرع لأسلامي من ١٨٢٠ وم .

٢١ . أنت حق الشعبة في غير القمار طائفة من الفقهاء ثبتت في كل ما ثبت فيه الشركه من الأعمال . وقاله : شرع منه جميعات رلاحق من الشركه ، وهذا كان شخصان شريكين في عين من لأمن « ثوب أو هبة أو وصية أو » أو هو ذلك . ويرى أحدهما نصيبه كان شركه أخرى من لأمن ، إذ في ذلك به ضرر مع عدم ضرر صاحبه . ولا فرق في ذلك بين القمار والمقول من حد . ويثبت وشعر . وهذا العائنه من المعنى . شمل أهل المعنى ، ويقصد أهل مكة ، وروى عن أحمد بن حنبل عن قوهيم . ومالك . لعق سبن . عمار (راجع له في شرع . لأسماني من ١٨٤٠)

قسمة الأرض وحده .

(٢) أن الشفعة تثبت على خلاف الأصل والقياس لأمر هو عدم انتصر بالمقمة والشركة من ذلك المشتري الحديد ، وذلك المعنى لا يتحقق في حار ، لأنه لا ينقسم . وصرر القسمة صرر لأرم لا يمكن دفعه ، أما صرر الخور يمكن دفعه بالتراجع إلى ولي الأمر ، فلا حاجة في الشفعة

واستدل بحتمية قوله صلى الله عليه وسلم « الجار أحق بشفعة ^(١) » والقبض هو ما يلاصق مسكه ويملكه وإن الماسة التي بين يديه الحديث تؤيد ذلك ، فإنه كان جواباً سائلاً سؤال الرسول عن أرض ليس لأحد منها قسم ولا شرف ولا حوار . ومثل هذا الحديث كثير فقد روي أن سبي حتى لله عليه وسلم « حار المار أحق بالدار » . وروى أنه قال « الجار أحق بشفعة حارده ينتصر به إن كان عائداً إذا كان طرفاً واحداً » ^(٢)

هذه آثار دافعة عما يرمون الخسمة ، ثم إن المص من الشفعة ثبت الجار كما هو ثبت شركته ، وإن لم يكن صدر واحد ، لأن الجار أولى بشراء من الأجنبي وعنده من صرر من حوار ، لأن الناس يتقاربون في حوارهم ونا فاحشا ، ويتأذى بعضهم بعض ، ويقع بينهم من العداوة أو الحمة ما هو مبدود ، والضرر بذلك دائم متأنق إن واحد ، ولا يدفع ذلك إلا برضاء الجار قال شار . أقر الصحاح على حوار له ، وإن شاء انتزع الجار شفه واستراح من معسدة هذا الجوار المتوقعة .

ولقد احتذر ابن القيم في شفعة حوار رآه ثالث هو رأى فقه البصرة ، وهو أن الشفعة تثبت للجار إذا اشتراك الجاران في حقوق الأرض ، وهذا يقول لا والقول توسط الجامع بين الأدلة الذي لا يمتثل سواه ، وهو قول المصريين

(١) الصقب والقب يجر كتيه القرب .

(٢) القياس في التبرع الإسلامي من ١٩٦ ، ١٩٧ . وما يسمى ملاحظته أن الشفعة هي ألقت من كبار رجال القديون لتعديل القديون الذي من مد ستنج رأت ذلك الرأي . وكان من بين مقترحاتها في شفعة الجوار .

وعبرهم من فقهاء الحديث أنه إن كان بين الجارين حق مشترك من حقوق الأملاء من طريق أو ماء أو نحو ذلك نشأت شفعة، وإن لم يكن يسبغ حق مشترك لثمة، بل كان كل واحد منهما متممراً ملكه وحقوق ملكه فلا شفعة، وهذا هو نسي نص عليه أحمد في رواية أبي حنيفة فإنه سأله عن شفعة لمن هي؟ فقال: إذا كان طريقهما واحداً، فإذا صرفت أطرق وعرفت الحدود فلا شفعة وهو قول عمر بن عبد العزيز... وقدس المصنف يقتضي هذا القول فإن الاشتراك في حقوق الملك شقيق لاشترائه في ملك، والضرر الحاصل بالمشركة فيها كالحصر الخاص بالمشركة في ملك أو أقرب إليه. وفيه مصلحة للشريك من غير مضرة على غير المتع ولا على المشتري فالمعنى لدى وحت لأجله شفعة الحظلة في الملك موجود في الحصة في حقوقه»

٨٦٤ — وإذا اجمع الشعاع جميعاً لأكبره سواء، بل يقدم الشعاع الشريك في نفس مقدار، وبنيه شميم الشريك في حق من حقوق الارهاق الخاص، ثم يبه الحار الماصق. وإلا ترك من هو من انتقل الحق إلى الذين يلومهم. وإذا تعدد الشركاء في حقوق الارهاق بأن اجمع شركاء في شرب حصص، وشركاء في طريق حصص، وشركاء في ميل حصص لا يكونوا سواء. وقد اتفقت عبارات كتب الحنفية على أن الشريك في حق المسيل مؤخر عن الشريك في الشرب وطريق. واختلاف في الترتيب بين شريك شرب، وشريك طريق، فمعنى يكتب كاعتناؤي أشدية والمدر تقدم شريك في الشرب على الشريك في طريق، ومعنى المقام ينده الشريك في الطريق على الشريك في شرب ونسب الترتيب في كل هذا فتم على قوة الاتصال ومقدار الضرر الموقع من الأحمى. وقد رُوا أن الاتصال بالمشركة في المسيل أقل أنواع الشركة اتصالاً، وحصر الموقع من المحيل نسباً أقل من ضرر صاحبه ثم حتمت أظرفهم. نسبة الشرب والطريق، فمعصية رأى صاحب الشرب أقوى اتصالاً، أكثر ضرراً من المحيل، فقدم الشريك فيه على الشريك في الطريق. وثبت أكثر عدداً وبعبه رأى أن الشريك في الطريق أكثر ضرراً قدمه.

هد ويلاحظ ان الشراكه في الحقوق تقي شئت اشفعه هي شراكه في
 حقوق الارضين الخاص لا العام . وطريق الخاص هو طريق عب اسعد و
 املاك ملكا خاصا . والشرب الخاص عند بعض الفقهاء يمتنع اذ كان
 اخرى مبرا صمير ، لا تجوز فيه لسن ، وهذا هو امرى عن ابى حنبله ومحمد
 وقبل ان كان أهله لا يحضرون فهو كبير . وان كانوا يحضرون فهو صغير ، وعليه
 عامة المشايخ . لكن احتج في حله بحضري وما لا يخص ، فمعتهم قدره لا
 يخص جميعاته ، وبعضهم . يعين ، قبل هو مخصص الى رضى المختارين في كل
 عصر ، وانهم كثيرا كان اشرب عب . ان رآهم قبلا كان الشرب خاص
 وذلك أشبه الأقوال بالفقه (١) .

§ ۸۷ وقد بينا في تقدمه انه في جميع عدة شعاع، تفادت من اديم
 قديم قواهم ان لا ، وهو شريكت في نفس شعاع ، وان تترك عن حقه ، او سقط
 حقه بأي سبب من اسباب لاسقط النفس اخفى من سببه وهكذا . وهذا
 الاجماع في ظاهر رواية . ولكن روي عن أبي يوسف رواية أخرى وهي انه قد
 وجد الشريك في نفس شعاع لا يفتقر من سببه اذا سقط حقه او يزلوا عنه ^(٢)
 وذلك لأنه اذا وجد شريك حب عصب من نفسه ، ولم يشت له حق فيه ،
 وصير كما عصب اذا وجد من هو أولى منه بالعصب ، ولأن عصب العصب يشت
 حق شعاع الشريك من بين الشعاع ، ومن ان غيره لا يملك أن يضرب به .
 وإذا كان حق شعاع عند وجود سبع كان محصورا فيه ، وإذا استقصى من سببه
 لأحد ، لأنه حق واحد اذا سقط لا يوجد .

روحه ظاهر الرواية - أن كل ضيقة من هذه ضيقة ثلاث، وهم
الشركاء في غير العقب، والخطأ في حقوق الارتفاق، والحيلولة - ثم هم الحق

(١) الريفي، الجزء الخامس، ص ٢٤١ .

(۲) ويظهر ان هذا الاخلاق هو في الواقع في بعض النواحي حقه قبل عهد ابي
بعد انقضاء له ، فاما اوسع حقه لا يتردد احد في ان يسميه بدين الله لا بدين المشركين بل بدين
حق من الله ويطلب ادا حق الله عليه فذلك .

في الشعة لاجل مدسبها ، وكل واحد من شركة . احوال سبب صالح شهت
شعة ، ولكن عند المعارض قدوة قواها ، فيقده شفع ، شركة ، لأنه أكثر
تضررا بالمدسب ، وقوى اتصالا ، وداسير شرب سقطة مدسبه . فعول لسبب
مدسب في الشركة . لأنه لا معارض له قوى مدسبه . وأيضا في حكمة الشعة ، وهي
دفع ضرر الدخيل — فأتمه ، وتسليم الشريك لا يمنع الضرر المتوقع لتزفيعين ،
اجه ان مدسبه لارال دائما ، فثبت شفعه

٨٨٥ — واد مدد أهل طبعه من الشعاع ، وصوبه جميعا فادا مدد
شركة ، مثلا ، والخيار ، وصوبها جميعا ضد جميع فست بينهم جميعا بالتدري
من غير مدسب صاحب مدسب الأكر على مدسب مدسب الأصغر ، ومن غير
مدسب مدسب من مدسب واحد مدسب مدسب من مدسب ، وكذلك من
غير مدسب مدسب شرب مثلا على مدسب مدسب فيه ، بل يقسم لعقار بينهم على سواء .
وذلك لأن الأكر عند جميعه من المدسب في ثبوت شعة هو من شركة
لا قدره ، ومن احوال لا قدره ، مدسب مدسب وكان مدسب شريك واحد لا مدسب
مدسب شعة ، وكذلك كان فاحد واحد لا مدسب لأحد لها كلها شعة ،
ولو كان مقدار هو مدسب لا مدسب بمقدار شركة أو مقدار حوار . وادا كان
مدسب شركة ، فمدسب الحوار هو المدسب ، وادا مدد شركاء ، أو تعدد اخيران
مدسب شعة بقدر واحد ثبوت المدسب كاملا باسمه المتعددين جميعا .

وقد جاء في ذلك مدسب وشفع واختلعت الرواية فيه عن أحمد من مدسب ،
وهو مع شفع في المدسب عنه . وعنده هؤلا ، بمحسورة في شركة : لأنهم
لا يرون اشعة في غير اثنين مشتركه . ، أنهم مدسب مدسب شركاء ، أن يقسم لعقار
لمشروع فيه بينهم على قدر حصصهم لا على عدد رؤوسهم ، وبحسبهم في ذلك أن
شعة تثبت على مدسب من حقوق مدسب الذي حصة شفع فيقدر بقدره عند
الترحم ، وهي في هذا كاجاء مدسب وشركات . يثبت للشخص مدسب بمقدار مدسب
ادا كانت عين مشتركة ، فثبت الشعة بمقدار مدسب مدسب كل واحد مدسب
بترحمون في طبعها .

واسم الشعة لوجه نظرهم في الشعة، اذا تراحموا في قطعة واحدة بلا
مرجح اقسامها بينهم المتسوى (١) لأن السب هو الأصل لا مقدار الاتصال،
وقد تساوى جميع في هذا الأصل مساوون في الاستحقاق (٢) وأيضاً فإن ثبوت
شعة بما سب دفع ضرر الدخيل، وذلك قدر مشترك للجميع ما داموا في قطعة
واحدة لا مرجح، فثبت للجميع الحق المتسوى (٣) نعم إن الأصل أن ثبت حق
أحد اعتراف الجميع كاملاً لكل واحد من شعة، ولكن للتراحم بينهم واحدهم
مرجح طلب أحدهم على الآخر من بصرهم المتسوى لأن الحق كان لكل
واحد في أحد المعركه

§ ٨٩ - وإذا كان أحد المعركه ثابتاً سقط حقه في طلب الشعة منه
معداً أمداً عينيه، ما دامه علمه بذلك لا يمنع من يساويه في الدرجة،
من يلبه أن يثبت بأحد العين كمنه، ولا يمنع من للعائن من حق - أن يقضى
منه من يلبه إذا طالب بأحد العينين الشعة واسميتها شروطاً لمطالبة كلها
وإنما كان من يساويه أن يطلب أحد العينين كاملة، ولمن سبه كذلك من
فيه انتظار له، لأن سب سب الحق على السبكت في حق المتسوى ومن
بمنه، فإذا طالب بأحد جهة بطلب، ما سب فأنتم في حقه، وسكن
ثم لو كان ذلك الحق بطلب الأخر، فلا يدرى ترضى بالشرائط المحبب أو الخ
أحدهم فلا يطلب الشعة لا يرضى بطلب، فكان حق الشعة باسمه به
محمول الواحد وعدمه أو وجوده، ولا يصح أن يمنع من حق تأكد حقه لاحتمال أو
شك، إذ اليقين لا يزال شك، من لا يرون لا يتبين منه، وبذلك يقتضي الجميع
العين بطلب سواء كان يلبه سباً

وإذا قضى للحاصر أحد العينين، ثم جاء العائن، فإن كان مساوياً لهما
بما ساووه مع الحاصر، فإن كان الحاصر واحداً أو أحد نصف، وإن كان اثنين أحد
الثالث، وهكذا، وإذا كان الحاصر قد سقط حقه في الشعة في هذه الحال فالثالث
إذا حصر بطلب بالعين كلياً، وبقتضى له سباً. وهذا إذا سقط قبل التقيد، وإذا
دأ ترك الشفع أحد العين بعد التقيد سب وحده فيها، أو حيز رؤية، أو

عرد السؤل عن حقه من غير سبب شرعى . ثم جاء الشيع الشيع العائب ، فليس له لا المصنف ان كان المحاصر يستط لحقه بعد القضاء واحداً . ولنت ان كان اثنين وهكذا ، وذلك لأنه ، قضى لقاضى بالشمعة للمحاصر بكل الدار ، فقد أصل حق العائب مساوى له عما يخص صاحبه فى حال المراحة ، وإذا قضى على شخص لا سلطان فى شىء فليس له أن يطالب به . ونس له حق فيه .

هـ كله إذا حضر العائب ، وكاب من قضى له مساوية به ومن أهل درجه . فـ إذا لم يكن مساوية ، بل كان من الطلقة اتى بعد طبقه ، فى هذه الحال به أن يطالب بأحد العين كاملة ، سواء أ سبط الشيع المفضى له حقه أم لا . يستط . وسواء كان استخذه لحقه قبل ثبته . ومعه . فكل هذه حذر سواء فى الحكم . لا محذور له لا يطل حق العائب . هو متى على احتمال أن العائب لا يطالب ، فإذا طالب فقد زال الاحتمال .

شروط الشععة

٩٠٥ . لانت شععة ولا توحدا الا بشروط ، منها :

(١) شرط الاول أن كان الشيع فيه - وهو العين التى يصاب الشيع 'حده' عقراً^(١) وكذلك بشرط هذا الشرط فى الشيع به ، وهو العين التى يصبها الشيع وسبب احده . العين الشيع به يصاب بالشعة ، وقد خلق الجمعية عقار باسمه للشعة . هو باسمه للسعل ، وإذا بيع السعل ثبت لصاحب له من الأحد ، شععة ، وإذا بيع السعل ثبت لصاحب السعل الشععة أيضاً . فترى من هذا أن علو ، وهو ليس بعقار عند الخفية كما تبين صلح أن يكون مشفوعا فيه . وذلك لأنه منحق . عقار فى ذلك ، إذ حق السعل على السعل حق لازم لا يحتمل المطالب ، فتتضرر كلامهم لآخر صرر مستمرا . والشععة بين العيب

(١) اشبه ما يكون ، شعوع به وسعوع به . وهو على رأى جمهور الفقهاء . واحدهم عنه وأنته مائة فى كل سعل ، وأنته . من الفقهاء فى كل ما هو من سركة وأنته . بعضهم فى كل ما هو مشعوع ونحوه . فله ثمة من على حذر عيب

وليس يكون شفعة حوا . فتكون مرتبة شفع كمرتبة سائر الخيران ، وهي امد
اشتركا في نفس العقد ، واحصا في حقوق الاربعين ، كما علمت

(٢) اشروط الثاني : أن يكون العقد اشعوع فيه قد خرج من ملك صاحبه
خروجاً تاماً عوض مائ ، فإذا لم يخرج اشعاع فيه من ملك صاحبه فلا موجب
للشفعة ، هذه وحود دحين ، وإن خرج خرج غير تام كأن يبيعه بغيره
قد قبض فيه بشترى اعدار ، فلا تست الشفعة إلا بعد أن يصير ملك مشتري في
عقد تام لا مائة مائة نافع . لا يقبل البعض من حصة لأنه قبل ذلك يحسب
أن يرجع نافع ونافع نافع ، ومع هذا الآخر لا يربطه ولا تست شفعة ،
لأنه يجب أن يبي شفع على من شئت لا يختص اطفال من جانب الشافع
وإن خرج غير عوض مائ شئت لا تكون المقدم على الشفع به الشعوع فيه
بغيره ولا في معنى الشفع ، كأن يكون هبة أو صدقة أو يكون عقد مراءى روح ،
أو بدل جع ، أو خرة في احارة ، فإن الشفعة لا تست في كل هذا لأن الشفعة
توجب أن يأخذ الشافع اقدار الشعوع فيه مثل ما ملكه به من أحده ، وإذا كان قد
أخذ لا عوض فلا من قد دفعه المقدم ويجب على الشفع أن يقدمه ، فلا تست
وكذلك إذا كان البعض غير مال كمال فهو وبدل الشفع ، لأنه لا تجوز مائة إلا
في الأموال ، أم غيره فلا تجوز فيه مائة ، فلا تست شفعة يجب وقف الشفعي
تمت الشفعة في كل هذا ويؤخذ عقد قيمته ، لأن حكمة الشفعة تأم به
فتثبت وعمود معاوضة تأم به التي تجوز في الشفعة إذا خرج شفع فيه من
ملك مالكة فأخذها تشمل ما يأتي :

(١) الشفع وهو الأخص في هذه المقدم ، وإذا كان شفع مائة شئت كان
العقد مقادلاً بقيمته ، فليس ينبغي يجب على الشفع أن يقدمه هو قيمة شئت . يبي
عوض العقد به . وإذا كان البدل عقداً كان الواجب على الشفع قيمته ، ويكون
شفيع كل واحد من عتارين أن يضرب شفعة ، ويدفع قيمة العقد الآخر
الذي يكون بدلاً لما يطله .

وإن وجب قيمة العوض للعقد إذا كان عقد شفع مباينة : لأن من

الحقيقى بعد فصرى شىء لى ، وهو مداره ، يه لى قيمته

(٢) هبة موصى مشروط : لأن هبة تعوض مشروط بغير معوضة فيها ، عند ثمة لجمعية الثلاثة ، ومعوضة اسداء ، وانما عند رفر ، ولذلك تحب الشفعة اذا خرج انعقار مشغوع فيه من مكانه لى . ولا تحب الشفعة بمجرد عدم هبة ، بل لا تحب إلا بعد قبض عوض وقبض انعقار ، وعند رفر يكفى وجود انعقار بوقت شفعه . وهذا الخلاف مبنى على اختلاف فى الأصل الذى هو هبة ، وهو أن الهبة تعوض مشروط بخرج اسداء معوضة به ، عند لأنه ثلاثة ، ولا يحق معنى بيع عندهم إلا بعد قبض العوض بأكمله ، وعند رفر هى معوضة ابتداء وبها : وجود معنى بيع عنده بمجرد تمام انعقاد ، وكون له حجب هو مثل العوض الذى قدمه لموهب له ، كان مثله ، وقيمه ان كان قيمته

(٣) أصبح ، فثبت شفعه إذا كان انعقار بلى صالح ، لى شىء مدعى عليه قدمه لمتخصص به من دعوى مدعى ، وفى هذا ذهب عوض عن حقه ، وفى هذه الحس ثبوت الشفعة للشعير ، لأن المدعى ما قبل تلك اسداء إلا سكون عوض عن حقه الذى يرمعه ويضاهيه ، سواء كان المدعى عليه مقرأ باحق أم كان مسكراً له أم لا . كما لا يفر ولم يكره ، وإذا كان عقد صحيح معوضة مائة فى نظر المدعى ، فهو مشرط لاعتد بترعه ، فثبت الشفعة للشعير ، لأن الاعتد فى ذلك لا اعتقاد المدعى الذى يمتنع الاعتراض به

وإذا كان انعقار هو المصحح عنه بأن كان هو موصى به الدعوى والتشريع بعدم المدعى عليه ، لا ، محقق به عقد ، وفى هذه حال ان كان المدعى عليه قد قامت عنه اسداء أو كان مقرأ بملكه مدعى ليعتد ، وقدم ابن بدلاءه ، وفى هذه الحال يكون صحيح عقد بيع باسائة حتى تثبت الشفعة ، وإن كان المدعى عليه مسكراً أو مسكراً ، لم يفر دليل على أن الصلح عقد بيع باسائة لمن بقى انعقار فى يده ، فلا تثبت شفعة إلا إذا ثبت شعير بالحجة الشرعية أن الاعتراض موضوع النزاع هو ملك للمدعى ، وأن المدعى كان بدلاء للصالح هو فى اختصاصه والواقع

من العقار، وحاشا لتستأن عند الصبح عند بيع ثمتت الشععة^(١) وهذا كله
د كان بدل الصبح مالا أو كان مدفوع فلا نسب الشععة؛ لأن الصلح نكح
حرارة

ويذا كان عقد مشعلا على حر شرط ما لم يصر فلا تمت الشععة إلا
بعد أن يصر بمقدار لا يرد منه له، بقدر حر شرط يفعل، لأن حيز
شرط تمت بالنسبة له مع لا يخرج من ملكه، وسعة لا تمت إلا
د خرج العقار من ملك صاحبه، أما إذا كان حيز شرط مشروعا للمشتري
وشععة تمت بمجرد عقد؛ لأن اشتراط الحيز للمشتري لا يمنع خروج عقار من
ملكه من

وإن حصل المنع أو للمشتري الحيز، ففيه وحذر فلا شععة، لأنه من حر
بيع كل ذلك اشتراط الشععة، لأنه رضى بالمشتري حراره أو شركاء، وإذا
تمت الشععة لا يرد، بل يصر ببيع، تمت عند، فلا تمت الشععة

٩١٤- شرط ثالث أن يكون ثمتت شعيع ثمتت العقد في العقار
شعيع به، وهو العقد الذي يذهب الشعيع شععة نسب به، معقر المبيع -
لا بد أن يسمر المبيع إلى وقت الحكي بما كفاه من اشعيع فيه له، وإذا حدث
ملك بعد عقد لا تمت الشععة، لأن الشعيع هو الذي يمتد حيزا على من استقر
لعقابه، وإذا كان ملك ثمتت وقت العقد، ولكن من عن المالك أي نسب
من الأسباب سقطت الشععة، لأن سيم وهو الصلح المنكبة قد ران، وقروا
سعة له^(٢) ونسب هذا شرط لا يصح أن يصاب الشععة في موضعين،

أحدهما إذا كان الحيز في يد من يصاب بالشععة على أنه وقف هو بغير
عنه؛ لأن من عني بوقف ليس ملكا له، فلا محقق في حقه نسب الشععة،
وهو اتصال ملكين، كما أن تعرض من الشععة لا يتحقق أيضا؛ لأن تعرض

(١) منحص من لدفع حر، حر من ١١

(٢) وعط الشععة بعد خروج العقار من ملكه، لا تعود عقد مدق للملك

وإذا بيع شعيع سمر حر لا يصدق شععة إلا بعد سقوط حر

هو دفع لصرف الموقوف المأثم من هذا الدخيل ، ويد الطار على أوقف يسب بدا
دثته . وكذا أن الطار ليس له حق الشععة إذا سم عتار مفسد بأعمال أوقف
كذلك المستحق في أوقف ليس له حق الشععة : لأنه مستع ، وليس تمالك العين
وإذا كان لعقار المشعوع به موقوف ، وبيع بمسوع شرعى بعد تحييد من شععة
ثبتت فيه للمتعين به من شركاء ، أو مرتقبين أو حيوان^(١)

ثبتهما — من للوارث في مذهب الحنيفة أن يصاب بالشععة إذا مات
الشعاع المورث قبل الحكم له ؛ وذلك لأن حق الشععة لا يورث ، إذ هو ردة
ومشينة . ولا ثبت شععة بوارث استلاماً ، لأنه لا يمكن ما سكا وقت التمدادى
حرجت به ملكية المشعوع فيه إلى الدخيل .

وقال شافعى ومالك وأحمد من حسن : أن شعاع إذا طاب لأحد العين
شععة ثم مات ينعى الحق إلى ورثته ، لأن هذا حق يمتنره الشرع ، واورث
خليفة المورث فيما يملك من أموال وحقوق . فينتقل حق الشععة اليهم بمقتضى هذه
الخلافة . ووجه نظر الحنفية قد أشرنا به ، وهى أن حق الأحد بالشععة مجرد رأى
ومشينة ، وهما حالان للشخص يسهلان بؤونه ، ولا وجود لهما من بعده حتى يخدمه
أوارث فيهما ، فإذا كانت الشععة من عدا تمنين وهى تنهى بؤونة صاحب

ولا يوجد نص في قانون الشععة المعمول به بين العمل بأحد الرايين : رأى
الحنفية أو رأى غيرهم ، وبذلك اختلفت الشك والشرائح في ذلك ، فمعنى اعلم
ومع بعض الشرايح قرر أن حق الشععة لا يورث ، ساكناً ملك الحنفية في أنه حق
شخصى لا يبقى بعد الشخص ، ولا يخدمه به أحد ، ومعنى الحكم والشرائح قرر
أنه ينتقل إلى الوارث ، ساكناً مالك مالك والشافعى وغيرهما في أنه حق يعتبر من
مرافق الملك ، فينتقل إلى الورثة كآثر الحقوق التى من هذا القبيل .

(١) لقد ذكر أسدنا الفيل السبح احمد ايراهم بك في كتابه تعليقات أن العقار اد
أحد ملك عقار موقوف بطريق الاستدعان لا ثبت فيه شععة قط : لأنه بعد وقتا مجرد
الاستبدال .

وقد طرح الموضوع حسب هذا الخلاف على مؤتمر محكمة الاستئناف
مجموعة، فقرر في ٣ مايو سنة ١٩٣٠ أن حق الشفعة لا يستقل إلى الوارث ووجه
الشفيع قبل الاملاك بالتراضي أو بقضاء القضي (١)

٩٢ § - لشرط اذاع لا يثبت رضا الشفعاء بعد لدى تم بين المالك
والناجيل ، فان ثبت هذا الرضا عند حضور المالك فليس له أن يطالب بالشفعة ؛
لأنه لا طاب يكون - عما في نقص - تم من جهة ، ومن سعى في نقص ما من
من جهة فسيه مردود عليه . ويشترط لحد الرضا أن يكون عدا بالمشتري والثلث ،
فإن رضي - بعد على فرض تم حصص أو مشر حصص ، فبين أن الثلث أقل مما
سعى في الشفعة على فرضه ، وأن المشتري غير من رصبه حراً أو شريكاً ، وفي
هذه الحال لا يعتبر راضياً ، لأن الرضا له من فرض ، وان واقع غيره

والرضا قسمين رضا صحيح ، ورضا دلالة ، وصرح ما كان عبارة معبرة
رضاه بالمشتري حراً أو شريكاً ، والدلالة ما كان مصرف لا يقوى لا على فرض
رضا الشفعاء بالناجيل ، كذا يكون هو وكيل - تبع في بيع - فان ذلك يدل
على رضاه بالمشتري حراً أو شريكاً ، لأن الأحاد بالشفعة يزم منه أن تقصص
مصلحة لمشتري أي ما تمت إلا فعل الشفعاء : فصب لأخيراً شفعة سعى في نقص
ما تم من جهة ملازم ، وذلك مردود وغير مقبول في الشريعة لعراء كما ذكرنا .
ولو كان الشفعاء وكيل المشتري في الشراء لا يعتبر ذلك رضا بالمشتري حراً أو شريكاً ؛
لأنه عساه قبل امكالة تتم الشراء ، ويقرر حق الشفعة . ولأن الوكالة بالشراء لا تعتبر
تمسكاً بالمشتري من جانبه ، كما اعتبرت الوكالة في البيع ، من تعتبر امته ، لعقد مسبق
بمصلحة باق لها ، وبذلك المشتري هو البائع ، وطلب الأحاد بالشفعة لا ينافي
انتقال الملكية من البائع ، بل يقرره ، لأن الأحاد بالشفعة فيه إقرار لا انتقال
لمصلحة من بائع ، وبذلك يدل أن تكون بمشتري تكون للشفعاء . هذا ومن
المقرر أن لمشتري لو كان أحد الشفعاء لا يسقط حقه في الشفعة ، وإذا كانت مباشرة

(١) راجع كتب الشفعة للأستاذ الحليل الدكتور محمد كامل مرسى بك من ٣٢٨

الأصل عند الشراء لا سقط حق الشععة ، فكذلك مباشرة لو كفل لا تستقط
الحق بالنسبة اليه .

طلب الشععة

٩٣٥ - لا بد طلب الأجر شععة الذي تنه القف ، ويعنى به شرعا
من تحقق أمرين . أحدهم - أن يطلب اشفع ، من المبيع كنه لا يفسد ، لأنه إن
كان بعينه فقد رضى بالمشتري شركه ، وبذلك يكون متناقضا مع طلبه ؛ لأن
الأحد شععة لا يفسد من الشركس الجديد من رصه شركه ، وقد أقر بأنه لا يضر
من شركه ، ولا يفسد من حذاره ، ويسقط حق الشععة على الأقل في
امساره ، ولأنه لو أخذ بعين من اشفع به تفرقت الصفقة على المشتري
لأنه ما اشترى غيره ، ما اشترى كل العار ، وتفرق الصفقة على المشتري لا بدع
من غير رصاه ، ولا يوجد من شرعى يسقط ذلك الحق بمشتري

و قد تعدد مشترون يجمع بشفع في طلب بحصة أحدهم دون الباقيين ،
لأنه رتب كل الاتصال بأحدهم من أيعصب بحفته ، والاتصال بالآخرين غير
ضار فلا يطلب بمخصصهم (١) .

سبب أنه لا بد من وجود ثلاثة صحت

(١) (وفا) ضب موبة ، وذلك بأن يطلب بأشعة عقب العار مبيع والمثل
واشترى ووقت هذا الطلب يكون بواحد ، حتى نوعه مبيع بكتاب والخبر في
أوله لا ينتظر حتى يتم الكتاب قراءة ، وهذا عند الجمع في الرواية المراححة في
الذهب ، وروى عن إمام محمد أن وقت طلب من أن حر المحسن ، ووجه الرواية
الأولى ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : « إذا اشعة كسقط

(١) وإذا تعدد سائق كل مدي واحدا جفت ديوات في الذهب ، فظاهر الرواية
أن من يشترى أن يطلب صبت أحد سائق . سواء أم تحسن أم لم يتم ، ورواه أخرى
أ. للشفيع أن يطلب بصيب أحد السائقين من تحسن ، وهذه لا ، والصحيح ما في
ظاهر الرواية

عالم ان قيد مكانه ثبت ، والادب « وفي بعض الروايات « ان الشععة كل عقاب
ان قيد مكانه ثبت . والا فلولو عليه » . ولأنه حتى ضعيف مترنن لشوته على
خلاف القواعد لعقبيه عند الأكثرين ، فلا يستقر . لا باطل على الموائمة ،
ويذهب به أقل تردد .

ووجه الرواية الدالة عن محمد بن حنبل في الشععة ثبت لمصلحة الشيع لمفع
انصر عنه ، لاحتمال ادى مشغى الحديد ، وذلك ضرر حتى يحتاج الى النظر
والتمهل ، سواء بين عمر الشراء ، ومصر التحليل ، ومن جهة أخرى يعرف
صلاحية الثمن وحيوه من لعن ، وذلك لتمهل المارء بمحاج الى وقت ، فكان
لعموم أن يمد الى آخر المجلس .

ولا يشترط لهذا طلب الاسناد عليه . وان كان من مصلحة الشيع أن
شهد عليه مستقيم اثنته فاسفة اذا انكر لمشغى وقوعه

(ثاني) طلب التقرير والاشهاد . ذهب بن يونس الى مصر ، أو الى مشغى ،
أو الى الداع اذا كان لمفع لا زال في يده ، وطالب بالشععة ويشهد على ذلك
وحيوه ، لكي يتقرر حقه . ما حواري الطلب عند المفع فلا الحق متعلق به ، وأما
عند مشغى فلا أنه الخضم في كل حال ، سواء كان يقرر في يده .
لا يزن في يد الداع ، وأما الطلب من الداع اذا كان المفع لا زال في يده ، وذلك
لأنه خصم بمقتضى يده .

ومدة هذا الطلب مقدرة بالتكفين من لأشهاد عند أحد هؤلاء الثلاثة ، حتى
. تمكن ولا يطلب بطلت شععته ، وان قصد الأعد وترك الأقرب لم تطل الشععة
ان كثر ، في مصر واحد وان كان بعضهم خارج المصر ، وهو الأعد فقطعه ، وتراء
الأقرب تطل الشععة

وإذا تم الإشهاد على الشععة عند المقر أو عند مشغى أو الداع في طلب
الموائمة ، كان فيه معنى طلب التقرير وأعنى عنه ، فلا يكون ثمة حاجة اليه .

(ثالثاً) طلب الامسلاك بالمخاصمة والتراجع الى القضاء . ولقد قرر الفقهاء أن
اشععه نستمر بالظلمين السابقين ، ولذا لم يحسن أبو حنيفة لهذا الطالب الأخير مدة

معينة : لأن التأخير لا يضر بعد تقرر الحق . وروى هذا عن أبي يوسف أيضا كما
 روى عنه أن الشئع إن ترك الخصمة رسا كان يستطع الخصمة فيه بطلت
 شعته . وفي محمد وروى رحمه الله إذا مضى شهر بعد الأشهاد وانتقز ولم طالب
 من غير عند طالب شعته ، وهو رواية عن أبي يوسف ^(١)

وقد استدلل محمد وروى في قوله أنه إن ترك شهرا بعد الأشهاد بطلت شعته
 أن المشتري يتصرف بترك الأمر بعينه من غير أن يجعل للخصم مهلة زمنية معلومة ،
 لأنه لا يبي ولا يعرض ولا يقوى شيء ، ثم يحتج بأنه اعتبار ما دام مهذدا بصره
 من يده ، وذلك صريح فلا ريب : إذ هو بعد إرادته في التصرف في ملكه ،
 ولا يصح أن يردع عنه . الختم للشئع مهلة صبر الذي يقع بالمشتري من
 التأخير .

استدل لأبي حنيفة بأن الحق قد ثبت بمواثقة ومقرر . بالأصل أن
 الحق متى ثبت لا بد من لا يضر لا سلطان شيء ، وإن كان ذلك تأخير لمطالبة
 لا يكون انطلا كما حذر استدل الذين لا يرون .

٩٤٥ والخصم في طلب شعته هو المشتري سواء كان عقر في يده
 أم لا فإن في يد مانع ، وقد ترفع الدعوى على المانع إذا كان لعذر لا ريب في
 يده ، ولكن لا نسمع البينة ولا يقضى إلا في حضرة المشتري ، لأنه الخصم
 الأصلي ، إذ هو الذي سبترع الملك حرا عنه . ولأن أخذ المبيع من يد مانع
 يوجب عدم إمكان تسليم المبيع قبل تمص ، وذلك يوجب فسخ البيع فاسدة
 المشتري ، ولا يجوز فسخ لا في حضوره .

وبصحة أن ترفع الدعوى على وكيل المشتري إذا كان قد تسلم العقر من
 المانع ولم يسمه إلى المشتري . وذلك لأن الشعته من حقوق عقد ، وهي راجعة
 إلى الوكيل في البيع والشراء عند الخصمة . وروى عن أبي يوسف أن الشئع

(١) قد روى ابن عن أبي يوسف ثلاث روايات أحدها أنه مع أن حجة في أن التأخير
 لا يضر الشعته ، وتذهب أن الشعته سقط إذا ترك الخصمة مدة كان يستطع فيها الخصمة
 ولم يعمل ، وثالثها أنه إن تركها شهرا سقطت الشعته وإذا لم يسعد .

لا يحصم أنه كليل ، من يحصم الموكل ، وذلك لأن الموكل لا يشتري لنفسه من
 اشتري موكله ، لأن الشفعة ليست من حقوق القصد ، بل من ممتلكات حكم عقد ،
 وهو ملك ، والملك يتعلق بالموكل ، لا بالوكيل . لا يرى أن عينة الشفعة من
 يبيع ملك من آل به ، والذي آل به الملك هو المشتري ، وليس الوكيل

ملك بالشفعة

٩٥٥ ملك الشفعاء بعد اشتراعه به بأحد أمرين ، إما بالبيع مع
 المشتري ، ويكون لأحد الشفعاء شراء حصة من المشتري ، ولا ينقص البيع الأول
 ، بخلاف ، إما بحكم القضي ، ويكون لأحد بحكم القضاء ، كإشراء حصة من
 المشتري ، إذا كان قد سدد القدر ، ويكون هذا تفريرا للبيع ، وإذا كان القدر لارث
 في يد البائع ، أصعب لأحد بحكم القضاء ، بعد تسليم ، أنه يكون شراء حصة من
 باقي البيع الأول ، حصلت في ذلك الروايات والأقوال في المذهب ، فقال بعض
 المشايخ وهو إحدى الروايتين : أن البيع في ذاته لا يفتق ، وسكن يتحول من
 المشتري إلى الشفعاء ، وإن كان ثمة نقص في البيع فهو بالنسبة للمشتري ، وليس
 هناك نقص للعقد في ذاته ، وإن نقص آخر وهو الرواية الثانية ، أن بيع الأول
 ينقص ، ويكون بين الشفعاء والبائع ما يشبه البيع الجديد ، ووجه الزيادة
 أن البيع لو اشتمل بعد الأول ، لأنها قامت على أساس وجوده ، وإذا
 منى انتفت وتكون قد عادت على أصلها الذي قامت عليه بالنقص ، فتقدم
 ووجهة الرأي الثاني أن القاضي إذا قضى بالشفعة قبل تسليم البائع القدر
 المشتري فإن المشتري يخرج عن أحد الشفعاء ، والمخرج عن قبض الشفعاء يوجب
 إطلاق البيع عنه عن عاقبة . وأيضاً فإن البيع قد أوجده من المشتري في
 عقد ، وبحكم القضي قد صار الملك للشفعة ، ورأى أثر البيع ، ولا يربو أثر
 البيع إلا إذا رآل البيع نفسه .

ومهما يكن من الاختلاف ، فبإسقاط البيع أو انتقاصه ، من المقرر أن
 لأحد بالشفعة بالنسبة للشفعة يكون في حكم الشراء الحدد ، سواء أكان بالقضاء

ثم تراعى . فيه أن يرد مقر الشموع فيه محضاً إيجابية إن لم يكن رآه ، وله الرد بحجة لمجرد إذا رأى فيه عيب ، ولو كان المشتري قد اشترط عليه البراءة من كل العيوب .

§ ٩٦ - ومالك الشفيع للمقار بسدى من وقت التراضى بينه وبين المشتري ، أو من وقت الحكم بالأخذ بالشفعة ، ولا ميث له قبل الأخذ بأحد من الأمرين ، بل ملك قبل ذلك لمشتري ، لأن سبب ملك قائم وهو اشتراء ، ولا ينافى صب الشفعة مع ذلك ، بل إن الشفعة تقوم على خروج المقار من ملك مالكه ، ولا يخرج سائنه من غير مالك . بل يدخل في ملك المشتري وإن كل ما للشفيع قبل الحكم من حق . بل هو حق المطالبة باعتبار سبب الشفعة ، وذلك لا يستلزم ملكاً لا بعد تراضى أو الحكم ، فلا ميث إذن للشفيع قبل ذلك ، وهذا هو المصوص عليه في كتب الحمية^(١) . ولكن فروع الشفعة لم يتعرض لانتداء ملك بالشفعة وبه ينبيه : ولما احتج المحكم في ذلك على ثلاثة آراء ، فعصها قصى أن الملك للشفيع يستند إلى وقت العقد ، ويعتبر رأى أن الملك ينته به مستنداً إلى وقت المطالبة بالمقر ، شعوع فيه تمتنقى الشفعة ، ويعتبر قرار أن الملك يتبدى من وقت الحكم ، لا من وقت طلب ولا من وقت البيع ، وهذا الرأى الأخير هو الذى احبته دوائر محكمة الاستئناف المحقة^(٢) .

§ ٩٧ - وإذا كان ملك لمشتري شتاً على المقر لشموع فيه قبل الحكم بالشفعة ، فله أن يتصرف فيه تصرف مالك من كل أوجه ، فله أن يبنى فيه ، وأن يعمر أشجاراً ، ويهدم ، ويقع ، ويريد ، وينقص ، ويسفل ويستعمل ، وله أن يتصرف بكل التصرفات الشرعية من بيع وهبة ووقف وغير ذلك ، ولكن هذه التصرفات عرصة ينقص إذا حكم للشفيع بأخذ تمتنقى الشفعة ، فإذا وقف

(١) راجع أسدائع محررة من ص ٢٢ ، و ص ٢٤ . و راجع أسدائه و أساطير محررة الثانى في باب الملك .

(٢) راجع كتب الشفعة لأسدائه ، كنهه لذلك كنهه كامل مرسى ملك ص ٢٤٩ ، ٢٤٠ ، ٢٤١ ، ٢٤٢ .

المشتري ، ثم حكم للشميع ، فيه نقص وقف واحد اعتر ، ولو كان اوقف وقف مسجدا .

§ ٩٨ و إذا كان المشتري قد أحدث ريادات في اعتر ، ثم جاء الشميع واستلحه بمقتضى لشعة ، فإن كانت هذه الزيادة لا تقل الاتصال عن العين كطلاء العتار ، فإن الشميع يأخذ العدرائين وقمة زيادة : لأنها رادت قيمة العين . وإن كانت زيادة تقل الاتصال عن العين بأن كانت تتعلق بها من غير صيرها ، وتكون لها قيمة بعد انقضاء ، كماء ، سوس لأشجار ، وكرواع فالحكم في هذه الحال أنه إن كان الاتصال الزيادة للأرض وقت معلوم ثم نقص بعد كالأرض ، فإنه حق في الأرض ما هو المثل أن يصح ويحدد ، لأنه لا يصر على المشتري في ذلك ، إلا لا يصر رده ، ولا يصر على الشميع ، إذا سجد الأخيرة

ون . بكل الزيادة التي تصل الاتصال منذ محدود معوه ، وذلك كما في أسماء اعقار ونقاس فيه ، وحكي أنه يحير الشميع بين ثلثة أمور : أما أن يترك الأحد بالشمعة ، وما أن أخذ قدر ثلثة وأشجار أو أسماء بأعيمة مستحقين للفتح والهدم^(١) . وأما تكليف مشتري فتح الشجر وهذه أسماء وتسميم العين سير أنه يلاحظ أن أحدهم يبيعها مستحقين للفتح والهدم ، فما يكون إذا رضى المشتري بذلك ، وألا تكلف الهدم أو الفتح ، لا بد كان الفتح أو الهدم يصح بالأرض ، ففي هذه الحال لا حاجة إلى رصده في أحدهم ويمتثلها مستحقين للفتح أو الهدم .

هذا هو رأي اراجيح في مذهب أبي حنيفة رضي الله عنه وروى

(١) الهدم و شجر الاب في (١) فتمتبه من حبس للماء ، ونفس هذه الغلبة : أحدثناه من زيادة في قيمة العتار وهي مع أن تصرف قيمة العتار حبسها وقبضته وهي جائز به ذلك في هو اسمها مسجدا للماء (ب) فتمتبه وأساء أقدس ، وأشجار مفتوح ، وهذه تسمى من الفتح والهدم ، (ج) وبيعها مسجدا للفتح أو الهدم ، وهذه تسمى لها من الفتح أو الهدم ، ثم يستل من ثلثها تكاليف الفتح أو الهدم .

عن أبي يوسف أن الشئع يحجر بين أمرين فقط : إما أن يترك الشئعة ، وإما أن يأخذ انعقر شئعه ، والشجر والساء قيمتهما مستحقين للبقاء ، وليس له أن يكلف لمشتري الفئع أو اخدم . بحيث هو مذهب مالك والشافعي . وكل من تولى بين وجهه ، فوجه الرواية الراححة في مذهب أبي حنيفة أن لمشتري بئ وعرس في عقر أعقر به حق مذكرة أعيرة ، يجعله أولى بالنعقر منه ، ولم يكن له وعرسه باذن أو تمكين منه ، فكان من حقه أن يأخذ العين حالية مما رده ، فله أن يكلفه الفئع وادهم . وإن كان ذلك يضر بالأرض أحده قيمته مسحق للفئع أو اخدم ، وما يحصل للمشتري من ضرر فهو السب فيه : لأنه كان يجب أن يحتاط لنفسه ، فلا يحدث زيادة في عين كان يتوقع أن تنزع منه جبراً عنه .

ووجهة بقى أبي يوسف ومالك والشافعي أن التكليف باخدم أو الفئع والأحد ناعيمه مستحقين للفئع وادهم ، إما يكون ذلك إذا كان ما فعله اشتري بعمر عدو ، مع أنه ليس في فعله عدوان ، لأنه بئ وعرس في حارس مملكة . لأنه ما شراء صدار العقار ثملوكا له ، فله كل صنيع الملاك ، فلا يصح ادن أن يعامل معاملة المعتصين ، بأن يكلف الفئع أو اخدم . وتكليف لشئع أخذ الساء أو العراس قيمتهما مستحقين للبقاء أي بما راداه في قيمة العتار هو العدل ، لأنه لا تنصر واحد منهما ، إذ الشئع يأخذ شيئاً بقيته فلا شغل ولا حور بالنسة له ، وللمشتري سيعوض عما أفتق بالزيادة ولا مبالاة .

وقانون الشئعه فصل في ذلك الموضوع تفصيلاً حسناً ، فأخذ رأى أبي حنيفة في الحال التي يكون فيها الساء والعرس بعد طلب الأحد بالشئعة ، لأنه يكون لمشتري قد أقدم على الساء ، وهو يعلم أن العين ستؤخذ منه ، فإن كلف الفئع أو ادم وحدث له ضرر فهو الخائن على نفسه . وإن كان الساء أو العراس قبل الطلب قد أخذ اتفقون بمذهب مالك والشافعي والرواية عن أبي يوسف :

لأنه على أن يكون مشتري غير متوقع لضرب بالشفعة ، ثم هو يتصرف في ملكه .

وإذا حدث نقص في المشعوع فيه في يد المشتري ، فإن كان ينقص في نفس المقدار كأن يكون بخوارير فخذ منه خروا في بخوارير ، والحكم في هذه الحال أن الشفيع يأخذ المقار على محضته من الثمن ، وأن تقدر قيمته بأقسا وقسمه غير نقص ، ونقص من الثمن سنة للنقص . وإذا كانت القيمة بأقسا وأنه وكاتب القيمة كاملاً عشرين ومائة واثني عشر ومائة ، ففي هذه الحال ينقص من الثمن مقدار السدس ، لأن عشرين وهي عرق بين القسمين بعدد سدس قيمته كاملاً ، فينقص من الثمن سدسه .

وإن كان النقص في ثمنه أو كسبه أو شجره فإن كان سيرة من أحد ، كتمهده أو احتراقه ، أو شمع ، أو أن يأخذ المقار بالثمن كاملاً ، وما أن يتركه ؛ لأنه لا عريم له ، وإن كان شمع المشتري ، وشمع بخور بين ترك الشفعة ، وإن كان أحد المقار محضته من ثمن ، وصره معرفة ذلك كما بينا آنفاً ، وفي الحال التي تكون فيها اللتف للماء أو الشجر غير المشتري يرجع عليه هو بما عره بسبب فعه .

§ ٩٩ - والثمن الذي يجب على الشفع في الشفعة هو مثل الثمن الواجب على المشتري . فإن كان الثمن مثلاً واجب مثله ، وإن كان قسم وحبست قيمته^(١) . لأن الواجب هو الثمن ، وإن أمكن الثمن في الصورة وإلغية واجب هو ، وذلك يكون في المثلي ، وإذا تعدد المثلي في الصورة ، كما في النقص واجب المثلي في الملية وهو القيمة ؛ وعلى ذلك إذا تعدد شحجان وقطع كل واحد عقاره في غير عقار صاحبه ، فإن الشفعة تثبت لهما ، المقار من ، ويكون الواجب على الشفيع قيمة المقار الذي اعتبرت قيمته ثلثه سدسه له .

وإذا حط الدئع جزءاً من الثمن عن المشتري فإن ذلك الجزء ينقص أيح من الواجب على شفع ؛ لأن الجزء الذي يكون هو الثمن ، وسكن إذا وهب الدئع

(١) وقال أهل السنة إذا كان الثمن قيباً حب قيمه بمقدار المشعوع ، لا يسه الثمن

التمن المشتري ، فان اشيع لا يسطع عنه شيء ، لأنه لم يبق شيء يصح
تمه مستقلا .

وإذا رد المشتري التمن للبائع لا تدره اشيع هذه الزيادة ، لأنها تبرع من
المشتري ، والتبرع عنه لا يبرم اشيع ، وعساه يكون من ذلك معصية ، اشيع ،
ويرد عليه قصده .

وإذا كان التمن موحلا عن المشتري ، مثلت الأحل لاشيع عند الأئمة
اتلاثة من فقهاء الحنفية . وقد روي ومات^(١) واشصى : ان الأحل يثبت في
حقه ، ووجههم ان اشيع تلك المشعوع به ، ان يثبت وجوبه على
المشتري ، والتمن الذي ثبت وجوبه على المشتري في حاله أحل لمن موصوف
بهذا الوصف ، فثبت على اشيع بوضعه . ووجهه نظر الحنفية في هذا ان الأحل
لم يمت وصفه للتمن ، بل كان ثبت شرطا في العقد بين البائع والمشتري ، والشرط
ان يترك بين البائع والمشتري لا يمت في حق اشيع ، فخير اشيع المشتري
لا يثبت في حق اشيع ، وشرط البراءة من كل عيوب لا يدره اشيع ، وهكذا
فكذلك الأحل شرط بين البائع والمشتري لا يثبت في حق اشيع . ومعنى ذلك
يكون اشيع عند الحنفية محيرا بين أمرين : اما أحد المشعوع فيه شيء حال قبل
مهاية الأحل ، واما تأجيل الأحل حتى ينسحب الأحل ، وليس معنى ذلك ان
يحل طلب الأحل ، بل اشيع حتى ينسحب الأحل ، بل يحل في النواعيد المقررة
الثقة ، ولكن لا يحد اعتبار لا بعد أن ينسحب الأحل وحده التمن . وقد روي
عن أبي يوسف أنه قال : اطالب أيضا يتأخر ، لأن اطالب ليس بمقصود
بذاته ، بل بالأحد ، وإذا تأخر الأحل يكون له الحق في تأخير اطالب

وقد أجد قانون شعبة سطره الحنفية في أن اشيع لا يتمتع بالأحل الذي
صرب للمشتري ، وذلك ما نصت عنه المادة اثثة عشرة ، ونصها : « يحل اشيع

(١) وبعد شرط مالك ثوب : أحل في حق البائع أن يكون مليد ، أو يأتي بضم
بكسر الألف ، وذلك مقول جذا .

نسبة للبائع محل المشعوع منه في كافة ما كان به وعليه من الحقوق ، على أن
اشترى إذا استحصل على تأجيل الثمن لا يتمتع الشئع من هذا ات حين إلا
برضا البائع .

مستطقات الشئعة

§ ١٠٠ - قد نبيح ما تقدم لأموال التي تسقط بها الشئعة ، ولأن الحق
نفسها فيها .

١ - اربعة عن الشئعة صراحة كأن يقول : قطت الشئعة . أو انصبت
حق في القدر مشعوع فيه ، أو نحو ذلك من عبارات الصريحة في ترك الشئعة ،
وذلك لأن شرط الشئعة عدم ارضاء المدخل حاراً أو شريكاً كما تقدم ، ولأن الشئعة
حس حقه وله أن يتمت به ، وله أن يتبرل عنه ، وإذا تبرل سقطت الشئعة
واسقط لا مورد إلا أن يحدد . وشرط الاسقاط مهبطاً سواء صريحاً
أو كونه بعد البيع وقبل الحكم ، لأنه قبل البيع . يشب السب الداعي للشئعة
فلا يشب ، ولا معنى لاسقاط حق . يشب مد ، وبعد الفداء قد تمت ويمكنه
للعين المشعوع فيها ، فلا يسقط الحق إلا ما صرح بذلك فقد منه وبين اشترى

ب - وجود تصرف من شئع يبدل على ترك الشئعة ، وكيف ذلك ترك
لشئعة دلالة . وذلك كأن يرضى طلب مؤاممة أو التقرير في مقابلة ، أو إسأحر
المشعوع فيه من اشترى ، أو ماومه منه . لأن ذلك يعتبر اقراراً ملكية المشتري .
واسقط لحقه في الشئعة ، ومن ذلك أن يكون وكيل للمالك في البيع كما بين

ج - إذا لم تستمر ملكية الشئع للعقار المشعوع به ، لأنه إذا خرج من
ملكه سقط سبب الشئعة فلتسقط معه .

د - موت الشئع : فان الشئعة لا تنتقل في الموارث عند اجمعية ، وقد
بيننا ذلك في موضعه ، فارجع اليه .

الكتاب الثاني

نظرية العقد في الشريعة الإسلامية

العقد

§ ١٠١٥ ذكرنا أن أساليب ملكية ثلاثة أنواع - أولاً السبب
الشيء ملكية على الأشياء بعد أن تكون ، وهو الأسبيل على الأشياء المسحقة ،
وقد يضاف إليه الخلفاء عن سبب ، وموضع ذلك كلام في الوصية
والمواريث - ثانياً لأسباب ما قد ملكية من حيز إلى حيز ، وحدث
يكون بالعمود التي تميد نقل ملكية ، وكلامنا الآن في شيء هذا نفس الأخير
وهو حكماء العمود ، وبكفي هذا الحكم عامة ، ولا يخص آحادها ، سيان
ولنبداً بتعريف العقد :

انطق العقد في اللغة على الجمع بين صراف شي ، ورطله ، وصدده الخلل ،
ويطلق بمعنى الحكماء شي ، وتقويته ومن معنى يرتبط المعنى بين طرفي شخص
أخذت الكلمة للربط المعنى للكلام أو بين الكلامين ، ومن معنى لأحكام
والتقوية الحسية الشيء ، أخذت بمعنى ، يزيد ، يحد ، ولد ، برب العقد بمعنى
العقد الموثق ، وصالح ، وكل ما شئ ، أرام

هذا معنى العقد في اللغة ، ومعنى انتهى اصطلاح عليه الفقهاء كلمة العقد
لا يعود على معنى الامور ، بل هو في واقع تقييد معنى القوي وحصر له ،
وتخصص لما فيه من العمود ، والتسليم كلام الفقهاء انهم لمعهم يرى أن
للعقد معينين عددهم ، ويطلق بالعلاقين ، ويرى من عباراتهم ما يحدد أن العقد
هو رطل بين كلامين بشيء عنه حكم شرعي ، لا أحد الطرفين أو كليهما ،
وهذا يتفق كل الاتفاق مع تعريف المتوسمين للعقد بأنه توافق ارادتين على
شيء التزم أو فقه أو إهانة^(١) . ولذا لا نجد أكثر الفقهاء يعلقون على الاتفاق
والأمر ، والاعتق وغيرها مما تم كلام طرف واحد من غير كلام الطرف
الثاني - اسم العقد ، ويطبقون على السلم ، والخسة ، وإرواح ، والأجارة وغيرها
مما لا يتم إلا برطل كلامين من طرفين اسم العقد

(١) نظره العقد لأستاذ الدكتور ستم، يرى ذلك من ٧٩ ، ٨٠

ومحوار هذا لمحمد من الكسب في نفقه من يعمهون ، فيضمون كلمة العقد على كل تصرف شرعي سواء أكان عقد بكلام طرف واحد أم لا يعتقد الكلام طرفين ، ويقولون إن كل ما عقد لشخص العزم عليه ، فهو عقد ، وقد بين ذلك أبو بكر الزاوي في أحكام القرآن ، وهو يرى أن العقد في أصل اللغة الشئ ثم نقل إلى الإيمان والنصرة الشرعية ، من كل ما يراد به التزام شخص الوفاء بشيء يكون في المستقبل أو إيمانه به ، فيسمى في طرد لبيع واسكاح والأجرة وسائر عقود المعوضات عقوداً . لأن كل واحد من متعاقدين قدره معه الوفاء بشيء من خاصه ، وكذلك تسمى الشركة ومزاوغة وإنفاقاً وغيرها عقوداً . ما فيها من هذا المعنى ، وكذلك العهد أو الحلف على شيء في المستقبل يسمى العقد : لأن الحلف أو العهد قدره معه الوفاء بحلف عليه أو بما تعهد به . إن الزاوي يعد كل شرط يشترطه الشخص على نفسه عقداً . لأنه التزم وفاء في المستقبل^(١) . وحلاصة القول إن عقد في طرد الزاوي كل ما التزم به الشخص الوفاء ، بأمر في المستقبل ، سواء أكان ذلك الالتزام مراماً نفسه أم كان نافذاً مع شخص آخر ، وعلى هذا الأصل في كثير من الفقهاء ، وبذلك تحكمون في التعيين ، واشترطوا لمعينة بالعقد على طلاق والأبراء والاعتناق ، على أنها عقود ، مع أنها لا تعتبر عقوداً ، إلا على هذا المعنى : لأنها تنشئ التزاماً بأمر في المستقبل ، وهو عدم الخلف في الطلاق ، وعدم المصاة في الأبراء ، واستموات الملكية في العتاق .

§ ١٠٢ — وإذا كان للعقد أطراف على ما تمن ، فاعلاقة اسطقفية بينه وبين التصرف الشرعي ، أنه على اعتبار أن العقد توافق اراديين بشأ عنه التزام ، أو شرط كلاميين بشأ عنه حكم شرعي^(٢) . كونه التصرف الشرعي نعم من العقد ، لأن التصرف يشمل العقد بهذا المعنى ويشمل غيره .

(١) أحكام عرقاً أخرى - من ص ٢٩٤ سم غ ، مادة .

(٢) معنى الحكم شرعي هذا الآخر من قوله - ر ع على وفق الاراديين

وأما على اعتبار أن العقد كل ما قرب عنه التزام سواء تكون من توافق رادتين ، أو بتمام إرادة واحدة مفردة ، فيكون العقد مردفا للتصرف ، ومسبوقا في الدلالة بمعنى - لأن التصرف الشرعي كل ما يكون من تصرفات شخص القوية ورب عليه الشريع أثر شرعي في المستقبل .

وفي اجملة إن كتب نعتة تذكر كلمة العقد ، وترد فيها أحيا المعنى العام ، وهو مرد للتصرف ، وتذكره أحيا ، وترد فيها المعنى الخاص ، وهو لا يتم إلا من رادتين كالمين يترتب عنه أثر شرعي مبرره الشريع ، وهذا المعنى هو الشئ الكثير المشهور ، حتى يكاد يبدده بالاصطلاح ، وهذا إذا أضقت كلمة العقد بمرادها الخاص ، أما المعنى الثاني ، فلا بد من عنه كلمة العقد ، إلا تنبيه يدل على التعظيم .

ولا يكاد يحد فقه يحد كلمة العقد ويرد المعنى ، أو لأعني ، أو اثنين ، غير تنبيه ، لا يصحاح شائع لأعني إطلاق العقد في المعنى الخاص ، دون العام الذي راد به التصرف الشرعي .

ركن العقد^(١)

١٠٣٥ إذا سري على عرف عقد عام متى شمل مقتضاه كل تصرفات الشرعية ، كان ركن العقد محققا ، بخلاف ما وقع تصرف ، وإن كان من تصرفات التي تتم بإرادة واحدة كالعقود والصلح ، والوقت من حيث الشئ (على قول أكثر الأئمة أصحاب المذاهب) ، والتصرف بمقتضى عبارة من له الإرادة المنشئة للعقد من غير ضرورة رضا غيره ، ومن غير حاجة إلى ضم غيره إلى عديته ، مما كان من التصرفات التي لا تتم إلا بتوافق الإرادتين ، كالبيع والأجرة وغيرها ، فلا بد لاعتقاده من عناصر تعبر عن كلتا الإرادتين ، ويستثنى عن واقعتهما ومقتضاهما .

وأذا كان يصدر عن مقتضى الشهور العام ، وهو أن العقد لا يكون إلا بمعنى الخاص ، فلا بد لاعتقاد العقد من عنصرين تدلان على توافق الإرادتين ،

(١) يرد من الركن ما يكون منه حقيقة عقد ، ولا يشك منه في ما يجب إلا به .

وقد اصطلاح القبول على سمية هاتين العديتين ، الإيجاب والقبول
والإيجاب ما صدر من أحد العقدين أولاً ، والقبول ما صدر من العقاد
الثاني ثانياً ، وسمى قبول الأول الإيجاب ، والثاني قبولاً : لأن الإيجاب معناه
الائتاد ، وما كان لغير الأول أصلاً لا لبس الاثبات ، والثاني يحى ، مسياً
عليه وما فيه من التزام انه كان برصاً به : بذلك كان الأول هو الإيجاب ، إذ
هو عمدة الالتزام وعمده ، وكان ثانياً قبولاً : لأنه رصاً في الأول من
الزام والزام . وما حصل القبول من الالتزام فانه للعقد الثاني ، الأبراء بما
تضمنه قول الأول من إزام ، مثلاً إذا كان البيع في إيجاب عند بيع عت هذه
العين بمائة ، فعلى ذلك أنه رضى بخروج عين من ملكه في صير مائة ، فإيجاده
بمن الالتزام بخروج العين من ملكيته ، والزاما المشتري بمائة ، وهذا صدر
بقبول من يشتري شئ ذلك قبل الالتزام ، والبرص يدفع لمائة ، وهو الالتزام
الذى تضمنه الإيجاب .

ومن ابتداه أنه لا بد أن يوافق الإيجاب والقبول لأحد أن يتكون العقد
من مجموعهما : لأنهما ما كانا ركناً للعقد إلا بدلائلها على توافق الإرادتين ، وتوافق
برعين ، فإذا كان القبول محمداً للإيجاب ، ورد الإيجاب على موضوع والقبول
على غيره ، أو ورد الإيجاب مقيداً بوصف ، والقبول جاء مقيداً بوصف آخر ، كأن
يوجب العقاد عند إيجاب إيجاب فله قدر من غير ، ويصدر عنها القبول بغير آخر ،
ففي هذه الحالة لا يوافق الإيجاب والقبول ولم يوافق ، فلا يوجد العقد : لأن
وفقاً للإيجاب مع قبول هو حقيقته لعقد ، وقد يوجد هذا التوافق .

يبد أنه إذا كانت محالة القبول للإيجاب إلى ما هو في مصلحة الموجب ،
فإن العقد يستند مع هذه المحالة : لأنها محالة في الظاهر ، وتوافق في الحقيقة
والواقع ، فإذا قامت المحظورة وترويضت على مهر قدره مائة ، ففان إيجاب قست على
مهر قدره مائة وحسب . وفي هذه الحال تكون محالة القبول للإيجاب محالة في
مصلحة الموجب ، وهو إروحة ، فيعقد السكاح مع هذه المحالة ، وذلك لأن من
رضى إروحة ثمانية مهر أترضى بالأولى ثمانية وحسين ، وليس التوافق بين الإيجاب

وتقوم بالأمر تكون العقد إلا لدلالة على باقي الرعيتين ، وتوفر الرضا بعد
من حاسبين ، ولا شك أن هذا النوع من المحامه يدل على الرضا من الحاسبين
دلالة تبع من التوفيق في معنى والحقيقة ، إذ القابل رضاه غير أكبر مما أوجبت
قد دل على رضاه بقدر إيجاب تبع وأمكن مما لو ذكر توافق الإيجاب مع القول ،
ولكن لا يجب عليه من لمز إلا مائة ، والحسبون لا تنت إلا إذا صدر عنها ما من
على رضاه بهذه الإرادة ، وقوله ها : لأن ثبت لا يدخل في ملك الشخص
حبراً عنه .

§ ١٠٤ — وقد اشترط العقد ، لكي يكون القول سلاقياً مع الإيجاب
مسياً عليه ثلاثة شروط ، ولها أن تكون في محسن واحد ، وثانيها ألا يصدر من
أحد شئ ما يدل على إعراضه بأن يصل بينها بكلام يحسب لاصية ترتبط
بموضوع العقد ، وثالثها ألا يرجع موجب في إيجده من قبول القابل .

وأما شرط اشترطه الثاني وثالث : لأن الفصل بكلام أجبي إعراض
عن الإيجاب ورفض له ، فمصر كأن لم تكن ، فإذا جاء قول أحد ذلك ، فقد جاء
على غير الإيجاب ، وقام على غير محدد ، إذ يرجع موجب في إيجده قبل قبول
أحد ، فقد سحب الإيجاب ، ومصر كأن لم يكن ، فمعتبر القول بعد ذلك وإرادته
يصل على غير الإيجاب يبنى عنه . ولموجب أن يرجع عن إيجاضه ما دام لم يفيد
بالقول : لأن الالتزام لا تحقق إلا إذا وجد العقد ، ولا يوجد العقد إلا إذا
تم توافق الإيجاب مع القبول ، فما لم يوجد قبول لا يوجد عقد ، فلا يكون
الزم ، وإذا تكون موجب أن يرجع في إيجده قبل القول ، إذ لا يوجد أحد
الزم يمتعه من الرجوع

أما اشترط لمحسن لواحد للإيجاب والقول ، فلأن الإيجاب لا يكون
حراً من العقد إلا إذا التحق به قبول ، وكل مقتضى هذا أن يتم القول فور
الإيجاب . يكون ، متلاقين من غير إيجاب بينهما . إذ كل ترجع من شأنه أن ينفي
الإيجاب ، وإذا قال شفهي بن القول يجب أن يكون فور الإيجاب . ولكن
احتمية لاحظوا أنه إن اشترط فورية القبول للإيجاب كان في ذلك تضييق على

القدس ، أو تعويت للصقعة من غير مصلحة واحدة ، لأن القابل قد يكون معاً
 مهد الأيحاب ، فما أن يرفض فوراً ، فتعوي الصقعة ، وأما أن يقتل فوراً ، وربما
 كان في اعتد ضرره ؛ لذلك كان من المحسن أن يكون عدده وقت تروية
 ولتفكير ، والموارة بين ما يمر في سبيل المقد وما يعم منه ، فيوازن بين ما يناله
 من فائدة فيه ، وما يشعه المقد من رغبة له ، وبين ما يذر وما يترك في سبيله .
 لذلك استحسن أكثر الفقهاء أن يمتد الوقت لدى القاس إلى آخر المحسن ، كما
 لديه فسخة من الوقت المستطيع أن يوزن بنفسه ، ويردد الأمر على كل
 وجوهه ، وإن قيل بعد ذلك صار اعتد في عنه لا استطع عنه تحولاً ولا
 فكاً كما ، ولا يصح أن يمتد وقت تحيير القابل إلى ما بعد المحسن ، لأن
 مصلحة الموح أن يعرف قبل أن يعرض المحسن ما آل إليه إلى قبول ، ويستبد
 بمد ويربطه ، أم إلى رفض ، فيكون على مدة من ترويه ، فإن مدد حق
 في ما بعد المحسن كان في ذلك ضرر بين الموح ، يمكن من مصلحة
 يعرف أن يكون المحسن الواحد الذي يحد من نكوس بعد ، وهذا يعرف
 المحسن اعتبر الأيحاب كأنه يكس^(١) ، ومكوني اعتد من حديد لا . من
 الأيحاب جديد .

خيار المحسن

١٠٥ خيار المحسن معه أن يكون لكل واحد من العقدين الفسخ
 مادام العقدان لم يتعزوا ، لأن ذلك ، حق الفسخ ، وبشكل العقدين مادام المحسن
 قائم ، يعرض هذا تمزقت المحاسن وتعاقد الأندان منقطع حق الفسخ هذا
 السبب ، وذلك الحق موضع خلاف بين الأئمة في ثبوته ، فاقضي وأحمد من
 حصل قد أثبت خيار المحسن ، وجعل لكل واحد من العقدين ، حق في الفسخ

(١) شرعاً ، أحد محسن في التصرفات التي لا تتم إلا بحب وقبول عدم في كل م .
 تصرفات ، ولكن متى ما أوصفه في لا تتم لا عقاره ، فهو في المحسن ، بل انصرف
 عدم د بعد موت ، ولا عدة بالمولود أو المولود في حالة حياة .

ما دام المحس قائم ، فإذا تعرق المحس م شئت ، غير انهما م يشتا ذلك الخيار في كل العقود ، بل في بعضها فقط ، وذلك أن العقود تنقسم إلى ثلاثة أقسام : القسم الأول عقود غير لازمة من الحس كإعارة ، والإكفالة ، أو لازمة من م غير لازمة من جانب آخر ، كإعارة والإكفالة ، وهذه لا يدخلها خيار المحس ، لأن مسجها جائز من كل الوجوه ، أو في الحقة من غير حاجة إلى خبر محس أو غيره .

وتقسم الثاني عقود لازمة غير دامة للمسح من حاسين أو من جانب واحد كالكسح والخلع ، وهذه أيضا لا يدخلها خيار المحس ، لأن آثارها لا يفسخ عن نفسها ، فمجرد تمام عقد يترتب آثاره ، ولا يمكن تأخيرها ، إذ بمجرد تمام عقد كسح يترتب كل آثاره ، ولا يوجد من الأسباب ما يجعل آثاره تعدل وحكامه مخرجة عن صفة ، وهذه العقود لا تتم عادة إلا بعد أعمال الفكر والروية ، فلا حاجة إلى خيار المحس ، ولأن عقد الكسح وما يشبهه موضوعه مبررة وهي آرمي حر ، فإذا تم العقد شطب ، كان من هوانها واعتداله أن يحرر مسجها نور عقده . هذا كله كان خيار المحس غير ثابت أيضا في هذا الموضع من العقود سابقا فقه .

والقسم الثالث لعقود لازمة له من المسح ، وهذا انقسم يشمل كل عقود المعاوضات اللازمة كبيع بكل أنواعه ، والأحارات ، وصالح المعاوضة ، هذه كلها م فيها خيار المحس ^(١) عند الشافعي ، وأحمد بن حنبل ، وذلك بقترية في شطب ، وإيكون رضاءها كاملا ، ولذا يعتبر خيار المحس تمام الرضاء وتقديره وتشيته ، وإن لم يمتط في مذهبه ، لأنه وقد اشترط أن يكون القول مور الإيجاب ، ولا يصح أن يكون بينهما راجح رمي حسن رمن التزوية للعاقدين ، الموجب ولقدن مع ممسدا إلى آخر المحس خول شكل واحد منهما الحق في فسح العقد

(١) قد أجدد هذا انقسم من أحكام تحرر المحس آخره " أن عند تفسير قوله تعالى "يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل" لا أن يكون عاره " ومن أحكام الفرائض للفرع في آخره " خمس في نفس الآية الشارحة " ومن نفس الفهر " يرى هذه الآية آخره الثالث " ومن المجموع على المذهب الحنفي التاسع .

اللام الذي للفصح ، الى أن تفرق المحس
 ما هو حيفة وأخذه ومات رضى الله عنهم بعد معوا حذر المحس في كل
 العقود سواء أ كانت لازمة ، أم غير لازمة .

١٠٦ وقد استدلل الشافعي في حمل في ثلثهما حيز محس بك

بأن

١ - ما ورد من الألف صحيحه حتى وافق على صحة سندها ، وصديق
 رأيها لمشتبه حيز المحس وساقول ، فقد ورد أن محس صلى الله عليه وسلم قال
 « يبيع بالخيار ما لا يدرى له روي أن ابن عمر كان له بيع أحدك ، وأحب أن
 يفسد البيع ويده مشى قليلاً ثم رجع ، وذلك بين تفرق الشيء محس حيز المحس
 المحس ينتهي عنده ، ولا يمكن أن محس حدث إلا أن لفقد بعد تدمه يستمر
 غير لازم ما دام الماقدن في محس منذ إبراهيم ، في رايه أحدهم بعد مرقوت
 محس فلا خيار ، ولا يصح أن يفسد كله (السماع) لا ما قدس الدين ثم
 بينهما الأيحاب والقبول ، لأن اسكلمه لا محس سوى ذلك ، ولا نسب على غيره ،
 فلا يفسد بمساومين فمن أن يرمط كلامه بكلامه هذا ولأن روي الحديث ،
 وهو أن عمر قد فهم أن المراد حذر المحس ، وبه سلمه لرويه بعد قبل التفرق ،
 وما كان اذا بيع ، وأراد أن يكون البيع نافذاً لازماً سر حصوله ، وروي
 الحديث اذا كان من أهل الاحتياط ونفعه يكون تفسيره له حجة مائة من
 الاحتمال ، وفاحصة للتزديد ، فلا يفسر الحديث بما سواه ، ولأنما أن يفسر كله
 : « السماع » ما المراد منها (بمساومات) ما كان للحدث معنى حديد ، لأن
 معروف بمداهاة ونفعه والرأي ، أن من ساء في شراء شيء أو يبعه هو بالخيار
 لا يوجد صد ما يبعه ، ويجمع تخييره ، وتفسير الحديث بما لا ثمره له وهو بعيد
 لاحتمال والارادة — غير مقبول ، لأن صاحب هذا الكلام مره عن لغو القول ،
 وسقطه الذي لا مرمى له .

وإذا كانت الآثار واردة ثبتت حيز المحس في البيع ، فهي تثبت في كل

عند فيه معنى البيع ، واعتقد أن في معنى البيع ، وشقق مع البيع في العلة التي
شع من أحاط حذر المجلس وهي التزوي - هي عقود المعوضات والعقود
لأمره في نفس البيع ، وبفضل أحكامها من أسسها

ب - أن عقود المعوضات قوامها التراضي ، والرضا أساسه الاختيار
الصحيح ، وإزالة بين مدفع العقد ومعدمه ، وهي عقود إذا أقرمت واستقرت ،
لزم ، لذلك كان لابد أن يكون لدى المدفع ففعة من الوقت للتفكير والتزوي
ولذلك ، فكانت هذه المسحة هي مجلس العقد ، معه يمكن للمعد من أن يتزوي ،
و تفكر ، يتدر ، قبل لأيت - ، يقول ويعد ، يكون على سنة من أسره ،
هذا والعرف قديما وحديث ، على أن مجلس العقد في عقود المعوضات يعتبر مجلس
مساومة وأخذ ورد ، ولا يعتبر العقد قد استقر وثبت وتأكد ، إلا إذا تفرق
أنه قدان مصرين على ما عهدا ، فثبت العقد كذا في ، فتسجل على قائلها ،
ويقتصر به ، وكلها إرادات نسبة حارمه متوافقة ، وكل ما يدل على
الأصرار ، مطلوب ، وكل ما يدل على التردد يجب أن يران ، وقد جعلت الآثار
وعرف الناس تفرق المجلس دولا على عزم عقدة التعديلات لمالية ^(١) ، وعلى
انتهاء التردد مدع لأرود ، فكان العدمان للغير مدع تعرف

١٠٧ وقد استدل بك - أني حصة وأصحده بما يأتي .

(١) ورود الآثار الكثيرة بوجوب الرد بالعقد ، ولا شك أن وجود
العقد يتحقق بوجود عبارات التكرية له ، شدة له ، وهي العبارات الدالة
على الأيجاب والتعوي ، وقد جاءت بوجوب الرد ، معبود خصوص الحكمة
القطعة في ثبوتها وفي دلالتها ، مثل قوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود »
فمتحقق عقد يجب إيفاء ، وليس بوجوب الوفاء إلا ثبوت الالتزام الذي أوجبه
العقد ، وشرعية خيار المجلس ، وعدم ثبوت الالتزام ، لا تتفرق لمجلس بعيد

(١) راجع في هذه الأدلة المجموع على ليلاد الجزء - التاسع ، وأحكام القرآن للقرطبي الجزء
الخامس ، ومعنى وشرح كبير ، الجزء الرابع .

مقتضاه عدم لزوم الوفاء بمجرد العقد ، وفي ذلك مناقضة لمعنى القرآن الذى أوجب الوفاء بخرد العقد ، ولا شك أن أحدث غير المتواتر منها ، تكن صحيحة في سنده ، واصحها في معناه ، لا يصل إلى مرتبة مناقضة القرآن الكريم . ويجب الأخذ بالقرآن ، ورد الحديث أو قوله عما يتفق مع ما رسل عليه القرآن الكريم .

(ب) أن أساس عقود معاوضات لمالية الرضا ، عارض هو مداهم الأحكام التى تنسب هذه العقود ؛ ولذلك يقول الله تعالى في شأن عقود المعاوضات : « يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون بحارة عن تراب منكم » ، ولا شك أن التجارة تشمل كل عقود المعاوضات ، فكل عقود المعاوضات أساس ثبوت كثرها ، مما رتبته لشرعها من أحكام التراضى بين العقدين ؛ وإذا كان التراضى بين العقدين هو أساس الالتزام ، فمتحقق رصب طرفي العقد ثبت الالتزام من غير حاجة إلى الانقضاء إلى آخر المحس ، وإن شريعة حيار المجلس ، وتأخير ثبوت الالتزام إلى نهاية المجلس اعمد لمعنى الرضا لدى دل عليه وجود الاتفاق والقبول من عقدين بحارسى حرية الإرادة ، وقد ثبت ونحقق واستقر ، وكان له كل أثره ، وكان الحكم بقا ، الحيار إلى آخر المجلس ، وعدم ثبوت أحكام العقد إلا بعد الافتراق من على أن هذا الرضا لا يكفي لإشاء العقد ، بل لا بد معه من الافتراق ، أو كأن دلالة على الالتزام مشروطة بالافتراق . وقد يكون ذلك الكلام مستقيما ، لولائه كان من الذين يرون حيار المجلس ما مناقضه ، وذلك لأنهم قالوا إن أحد معاقدين لو قال للآخر بعد تمام الاتفاق والقبول أحقر الآن ، فاحتار في الوقت نفسه عطل حيار المجلس ، وثبتت كل أحكام العقد من غير حاجة إلى التريث ، حتى نهاية المجلس ، ودل هذا على أن الرضا الأول كان كافيا وحده لاثبات الالتزام ، فتأخير عه فصل بين متلارمين وهى الرضا والالتزام لما شئى عنه ، وذلك لا يجوز ، وأيضا فإن تفرق المحس لم يعهد منها من أساس الالتزام ، بل عهد فكان عقدة

كلام ، وانطلاق الالتزام ، كاستغرق قبل القول ، وإذا كان كذلك فلا يمكن أن تعد الفارقة سبب الالتزام ، بل السبب هو الرضا الأول .

ج - وقد استدل الخصم والمساكية لإبطال خيار المجلس أن تقيس عقود المعاوضات على عقود الأسكحة ونحوها ، وهي العقود التي اتفق الجميع على عدم است خيار المجلس فيها ، وقالوا : إنه لا فرق بين السكاح والمعاوضات في كون كل منهما يعقد بالإيجاب والقول ، في أن الرضا الذي ذات عليه عبارة الإيجاب والقول ، هو مناط الالتزام في كلا النوعين من العقود ، فلا يصح التفريق بينهما بحمل الرضا في أحدهما لا يوجب الالتزام إلا استغرق المحاس . وعدم اشتراط ذلك في الثاني ، وإن هذا التفريق من غير مقتضى يقتضيه ، ولا داعي بسعوا إليه ، ولا سال . إن سكاح عكس فيه قصد ، والمعاوضات لا يجري فيها التفسير من قبل لأن معاوضات ذات اشتاء والخطر يتروى فيها قبل العقد ، وما لا يتروى فيه قبل العقد لا يكون ذات اشتاء وخطر ، واعتقول أن يكفي في دلالة الرضا به على مجرد الإيجاب والقول^(١)

هذه دة طرق النزاع في است خيار المجلس ، وعدم اثباته ، ومن سيقها يتميز أن شكل وجهة هو موها ، ولا شئ أن الاحتياط ولعرف بمعامل الالتزام لأنه لا استغرق المحاس ، وذلك أخرى « تقول في نظري »

(١) راجع في هذه الأدلة فتح المذهب في أول مدع ، وأحكام ترمك للحصان في مسير دولة على « أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم سكم سكم » ولا أن يكون تغارة عن ررض منكم »

الارادة المنفردة ، وانتساؤها للالتزام

١٠٨٨ — ثابته يبين أن العقد بمصاه هام قد سعت من غير أن يحتاج إلى ركيزي إيجاب وقبول ، وقد يحتاج لانتماده إلى توافق إرادتين مصهرهما الإيجاب والقبول أما بالمعنى الخاص فانه لا يعتمد الا توافق إرادتين ؛ وعلى ذلك يستطيع أن تقول ان العقد على التعريف اخص لا يتكون بإرادة منفردة ، بل لابد فيه من إرادتين ، أما بالمعنى العام فقد يتكون بإرادة منفردة

ومهما يكن من أمر الاحتمال في معنى العقد بين عموم والخصوص ، فمن المقرر بلا خلاف أن التصرفات الشرعية التي يشترط فيها إلتزام للشخص قد نشأت بإرادة منفردة ، وقد نشأت بتوافق إرادتين ، وعندئذ نجد الشريعة الإسلامية تتلاقى مع الطريقة القانونية التي تقر حوا إلتزام بإرادة منفردة ، ولا تتفق مع الطريقة التي تقتصر سب الإلتزام على ما يكون بتوافق إرادتين مظهرها الإيجاب والقبول .

١٠٩ — ومن أجل أن يبين مقدار العلاقة الرصة بين الشريعة وحديثنا المطريتين ، ونسبها عن الأخرى يجب أن نفس قسمة ثما كسبه القابوسون ، نحقق المطريتين مع الانحياز الشديد ، والاحصاء هله ومواضع من كتب لغاوية .
يختلف الفقه الألماني عن الفقه الفرنسي في كون الإرادة لمفردة مشبهة بالإلتزام ، فأعقبه الأدنى بمحاسبه الإلتزام ، والفقه الفرنسي يعصر السمية الإرادة على العقد ؛ ثم لا يقتصر الأول على حص الإرادة لمفردة من أسباب الإلتزام ، بل يقرر هذا ، ويريد أنها مناط الإلتزام في العقد لدى يتكون بتوافق إرادتين ، فيقول أن إحدى الإرادتين هي التي سفرد باشا ، الإلتزام ؛ وإرادة الأخرى هي التي أنشأت الإلتزام وإرادة الدائن ما اشتركت في الآشاء ، وكعب أصبحت إلى الإرادة الأولى ليست الحق للدائن ، فكان العقد الذي يتم بإرادتين يتم فيه إعلان أحدهما إنشاء الإلتزام ، وقد استندت به إرادة المدين منفردة ، والثاني أنشأت الحق للدائن ، وذلك يتم بإرادة الدائن ؛ لأن من المقرر أن حق لا يشتت لشخص حيزا عنه

ويستدلون لاثبات كون الإرادة مفردة سبب الأفعال (١) بأن الأفعال والقول لا يكونان في وقت واحد ، بل يكونان في زمانين ، فلا بد سبب الأفعال من الإرادة ، فثبت الاتزام متصاحبتين أن يفرض أن موجب أفعالنا على أفعالنا إلى أن يفرض ظهور القلب : مع أنه ، يتم دليل على استمرار الموح حتى وقت القول ، والحكم بصراة فرضه وتقدر (٢) ، وليس محرمه وتبين ، ولا يصح أن يحكم بالوجود مع عدم اليقين ، وإذا ، يتم دليل على بقاء موجب مضافاً على أفعالنا حتى يتم القول ، فيبقى لأن يقول أن الأفعال وحده هو السبب المنشئ ، الاتزام ولو لم يضر منه صحة ، لأن الاتزام وحده بالرب ، ولا يصح توافق الإرادتين سبباً له لا حتى عدم الأفعال على الأفعال من أفعال القول ، فيبقى لأن يكون الأفعال وحده سبب ، والأفعال الاتزام موحوداً من غير أن يكون سبب منشئ ، وذلك لا سلمه الداعية ولا القانون .

(٣) ويستدل أيضاً بأن الإرادة تلاء صاحبها ، إذا أثبتت من غير حاجة إلى انصاف إرادة أخرى إليها ، لأن الحرية لها بعدت ، ومن بعدت الأفعال لمبى عنها ، وإذا كانت الإرادة الأبوية قد تحررت في أبواب الاتزام من كل يقود اشكليه ، فلا بد من أن يسير في نيت الحرية إلى آخر مداها بأن يجعلها أشد الاتزام مفردة ، وليس أثبتت ضرورة توافق الإرادتين إلا إثارة من آثار الشكليه لا يصح التمسك بأهدافها : لأنها محد من سبب الإرادة

(٣) وفوق ذلك يحسد أن يفرض أن تشدد في جعل الاتزام مقصوراً على توافق الإرادتين يمنع صحة صروب من المعاملات يجب أن يفتح الباب لها ، وإن يسبب القانون كمن يحمل على نفسه حالة خاصة ، يكافئ من يقوم بعمل من غير تعيين شخصه

ويخرج فقهاء الفرنسيون في رد هذه الطريقة فصرين الأفعال الإرادية

(١) أو هو على حد تعبير علماء الأصول استصحاب الفعل ، وذلك ليس حجة على البقاء عند أكثر الأصوليين .

على ما كان متوافقاً راديين (١) بأن الأوامر علاقة وسمة بين شخصين تقتضي
طرفين مشتركين في اثباته ملتزماً ومتزاماً له ، مدياً ودائماً ، فلا يتحقق إلا
بعضيين وظرفيين ، وما دام قيامه الإرادة : فلا بد من تحقق الإراديين ،
وبوافقهما على اثباته (٢) وأيضاً ان سلب أن إرادة واحدة تنشأ مع أن ذلك
لا يتفق مع طبيعته ، فإن هذا التسليم سيؤدي حتماً إلى أن الإرادة واحدة واحدة
لأن ما يجعل عند الوجود يكون عزمه غاية للعدم أيضاً ، فإذا كانت الإرادة
لمجردة سبباً مستنداً بالاشياء ، فأمدول عنها يجب أن يكون سبباً خالصاً لا أثره مع
أن أحداً لم يقل ذلك .

وما يدعيه أنصار الإرادة لمجردة من احتمال رجوع الموجب عن إيجابه
فمن أصول الفاعل ، ثم اعتماد الإراديين غير متوافقين سقين — ادعاء لا يقوم
على أساس صحيح ، لأن المدلول احتمال غير مسمى عن دليل ولا عبرة به في
الاستدلال . من أن كل الأوامر والدلائل تنقضي ديك الاحتمال ؛ لأن من
يكون بالصدور عند تساومل ويتماوص ، حتى تتلاقى راديتهم ثم تصدر
عنها عبارات لشئ له هدف فولاً وكتابة . ولرادتين متلاقيتين لا ريب
ولا حد (١)

ومهما يكن من أمر هذا الاختلاف بين الفهمين الألماني والفرنسي ، فقد
أحد أكثر النوايا الحديثة عنداً الإرادة لمجردة على أنه مبدأ استثنائي لا قاعدة
أصلية ، ولقد أحدثت به كثرة النوايا الحديثة في أمور منها مبدأ تقييد الموجب
بإيجابه بحيث لا يسمع له إرجوع فيه مدة معينة لا يكون بعدها قبول عالمياً ، ومنها
أبعاد محاذرة على عمل يقوم به شخص غير معين كمن يهدد بكافة من يشترطه على
شئ ، صاع منه ، فانه يكون مأخوذ بوعده وإن لم يعين الدائن ، ومنها المؤسسات
التي تكون لمصلحة حياة اجتماعية عامة ، أو لخدمة معينة ، فإن المسمى ، له يصرم

(١) ومصدرنا في هذه الأدلة مطبوع الأستاذ الدكتور سهرري ث في نظرية
القدر ، المبرمج اليه في تنعيم بحثها من ١٨٤ وما يليها .

وجوده ، وإن لم يكن هناك ، فإن معنى تحقق إرادته مع إرادة الآخر^(١) .
هذه خلاصة نظرية الإرادة مفردة وإنشائها للإتزام ، كما جاء بها بعض
محدث ما بين أحدىها ، وراقصها .

§ ١١٠ — والآن نقول إلى الشريعة متعرف أنقروا أم نفيها ؟ مذهب
مذهب المعتزلة في الأحد بها ، مذهب مذهب المتشدد في رفضها ؟ الحق أن
الشريعة بشكل عام تعتبر الإرادة المفردة منشئة للإتزام في كثير من الأحوال
وكم لا تعتبر العقد الذي ينشأ بالإيجاب والقبول ، ولا تم إلا بها قد استندت
إلى إرادة الواجب أو إرادة المدين ، وأن إرادة الثاني أو الثالث لا تنكسر إلا
له الحق في اختياره ، بل إن الشريعة بأشخاص الواردة في مصادرها ، وباعتبارات
العارضة على فلام قضايتها في كتبهم وفتاويهم ونقصيتهم نفي ، كلها بأن العقد الذي
لا تم إلا بالإيجاب والقبول ، لا يستند بإيجاد مقصد الإيجاب فقط ، لأن العقد
الذي يكون كذلك لا يكون إلا ربط الإيجاب بالقبول ، ثم لم يوجد ذلك ارتباط
بينهما لا يوجد العقد ، ولا يوجد الإتزام

و معنى على ذلك ما يعرفه الفقهاء قضية من أن الإيجاب غير ملزم بموجب
ما يمكن قبوله ؛ ولذلك يكون بموجب أن يرجع في الإجابة متى شاء ، لم يكن
قبول ، فليس ثمة في الشريعة إيجاب ملزم يتمتع على الواجب أن يرجع فيه ،
بل منعه ، بل الملزم هو القبول مع الإيجاب ، بل قد عمت أن بعض الفقهاء
احتاط بحسن الإرادة من الطرفين جازمة قاطعة حاية من كل عذر ، حرية مفردة
عن كل الإكراه قريب الوقوع ، فمثل سكتا المتعاقدين الحق في العود عن
كلامه ، دام بحسن العقد قائم ، ولم يتفرقا ، لذلك نقرر أن الحالة التي سميناها
الفقرة المحدثات الإيجاب الملزم حادثة لا يعرفها الشريعة^(٢) ، بل يوجد من

(١) راجع كتاب نظرية العقد للأكبر السهرى بك .

(٢) لا يعرف في غير هذه المقام ملزم بموجب إلا تلك التي نحن بروجها أمر بها ، فقد
قامت به في مكسب أمر نقضها كان لابد أن نقول في الحسن ، ولا لم يفسد بحث ، وسكني
نفس لزوج أن يرجع في إجابته ، لأن ذلك ليس له صلاح معنى على قبوله أى استعد معنى ،
والاستعداد معنى من الشخص أن يرجع فيه

عصاوت قبحها وقوا عليها ما يعيب و يصدق كل المأقبة ، ولا يدري متى حق
تقرر القويين الحديثة أن يتبد أحد الطرفين ، حيث أثنى تطبيق ما يقيد شي ؟
إن مبدأ المساواة بين العديدين لدى ممسك الشريعة كل التمسك ساقى دلت
كل المناقاة .

والشريعة تعتبر الإرادة منفردة منشئة للأمر في كل تصرف بشأ عنه
الترم ، ويتم من غير يجب وقبول متوفقين ، وتصرف - التي من هدا القمين
كثيرة منها

١ الوقف : وهو بقا المؤسسات في القوايين الحديثة ، وقد ائق الله
على أن اوقف ذا كات أو صفة به حبه لا ينحصر أحدها ، فهم بعد ، ومن
الأتزام الذي يشأ عقته مجرد صدور الصيغة ائداة على اسائه ، ويرى من هدا
أن الإرادة المنفردة هي التي أثنى ، وأوحى كل ما صوره مقصده من الترام
بمبدأ ما شرعه الله من مقصد - للوقف ، وآت خدا التصرف أو اذا كات
أو صفاء أشخاص معينين ، كأن يقول الواقف مثلاً وقفت على فلان وفلان أو
على أولاد فلان ، وكثيرة العامة من لقف ، على أن اوقف سيقدر لارما بمجرد
صدوره ، ولكن لا يثبت الحق مستحق المعين إلا بقوله ، وقد قال انه يكتبني من
القول بعد الرد ، فلا يشترط القول بالإيجاز أن يقول قمت ، بل يكتبني بالقول
السي ائسمى ، وهو لا يرد . ودلت كميلا بشت حق شخص من غير إرادته ،
وكميلا يدخل في ملك شخص شيء ، حرأ عنه ، فإن من ائقر في الشريعة الإسلامية
أنه لا يدخل شيء في ملك شخص حرأ عنه بأي سبب سوى ميراث على ماؤها
في نسب ملك العامة : فيكون اوقف على معين ومن بعد على جهة تر لا يتقطع
قد ضمن أمرين . (أحدهما) الأتزام العامة لدى من متبصها بقيد الواقف بتمعه
من التصرف في العين والمالات على غير ائحاب لمصوص عليها في كتب وقعه
وغير الأحوال الذي نص عليه الشارع ، وأحارها في التصرفات في الأحاسس مدعها
وأعنائها و (ثانيهما) ثوب الحق في امالات مستحق المعين ، فأما الأول فيشت

لإرادة المفردة، وما اشئ فلا بد من قبول من الشخص معين، وقد صرحت كتب الفقه الحنفى بأنه يكفى عدم إردى فى قبول^(١) وقد جاء فى الأسعاف ما نصه: « قبول الموقوف عليه الوقف ليس بشرط أن يقع لأقواء غير معينين كالفقراء والمساكين، وإن وقع شخص بعينه، حصل آخره للفقراء يشترط قبوله، وإن قبله كانت أعباءه، وإن ردد كقول الفقهاء، وأصير كأنه مات» اهـ. وقد قيل المستحق الاستحقاق، فليس له أن يرد بعد ذلك، لأن فى ذلك نقض لما سمع من جهة، ومن سعى فى بعض ما تم من جهة فسمعته يردود عليه، وإن رد فليس له أن يقبل لما ذكرنا، ولأن إرد حصل ميره من يديه، ولو حقه البرحق ليس له أن يقضه بردة تصرف قد رتب عليه حق لأبيه ميره، فلا يصح أن يمتدى عليه بالرجوع فيه

ومن كل هذا يتبين بخلاف أن الترامات أوقف من حيث وجودها وتقييد أوقفها بنشأ لإرادة مفردة، ويمكن حق المستحق المعين فى العلات لا يشت إلا بقوله، وقد صرحت كتب الحنفية بأن القبول يكفى فيه عدم الإرد.

ب- **البراءة**. هو تنم من الدائم بعينه حاحه أن قبول إردى، وقد ذكر عقلاء من الفرووق منه وبين همة الدين أن عليه إردى أن همة الدين تحتاج إلى قبول، أما الأراء من الدين فلا يحتاج إلى قبول، ويمكن مع أن الأراء من الدين لا يحتاج إلى قبول فهو يرد^(٢) بمعنى أنه يكفى فى رضا عدى ألا يرد، وإنما استرط عدم إرد: لأن من دوى لرواءات من لا يقنن من الدائمين إراءهم، ومما يصير من الأراء حظ أروحة المهر عن إردج، وتقص حرمه، فإنه يعتبر إراء يرد يرد، ولا يحتاج إلى القبول: إذ يكفى فى الرضا فيه عدم إرد

(١) راجع فى هذا حث ملكة الأودى لمؤلف لدى نشر عجلة طاب و لاقتصاد مئة الخامسة العدد السابع ص ٧٦٦ وما يلها.

(٢) راجع كتاب الأشهاد والنظر فى إراء ص ٤٣، ٤٨، وقعدة بعد الأراء من غير حاحه أن القبول أصبح قد استنى منها، أن منها الأراء من السلم فيه؛ فإنه لا بد فيه من قبول.

هذا مذهب أتى حبيبة سافسة بالأراء . أما مذهب مالك ، فبني خلاف من الفقهاء فيه من قال إن الأراء لا يتم إلا بالتقبل ، ومنهم من قال أنه يتم من غير قبول ؛ وذلك لأن بعضهم اعترضه أسقط ، فقال أنه لا يحتاج إلى قبول ، ومنهم من قال أنه تليث الدين مدين . فقال أنه يوجب في اعتقاده إلى قبول اثنين . وقد ذكر صاحب الفروق الرئين فقال : « الأراء من اثنين أي يفتقر إلى القبول . فلا يبرأ اثنين من الدين حتى يقبل ؟ ثم يبرأ إذا أقره الدائن وإن لم يقبل ؟ خلاف بين العلماء ، فظاهر المذهب اشتراط القبول ، ومثلاً أخلاف هل الأراء أسقط ؟ والاسقط لا يحتاج إلى القبول ، كاطلاق والعقد : فانهما لا يقتصران إلى قبول المرأة ، والعقد ، وبذلك بعد الطلاق والعقد ، وإن كرهت امرأة والعقد ، ثم هو تخيير لما في دمة اثنين ، فيعتقر إلى قبول ، كما لو ملكه عية مائة ، أو غيرها ، فلا بد من رضاه وقبوله ، وكذلك هم ، وثنا كد ذلك أن لمة قد عظم في الأراء ، ودور المروءات والأقعة يصر ذلك بهم ، ولا شيء من السفعة ، فخص صاحب الشريعة لهم قبول ذلك أو رده فيه للضرورة الخاصة من الناس من غير أهلها ، أو من غير حاجة إليها . »

وترى من هذا أن الفرق بين مذهب أتى حبيبة ، وأرجح من مذهب مالك ، فإن مذهبين اتفقا في أن اثنين له الحق في دفع ضرر من والأدى عن نفسه ، ولكن أن حبيبة أعطاه حق رد الأراء فسطل ؛ وإن كان لا يحتاج في أصل اعتقاده إلى القبول ، والمخرج من مذهب مالك رضي الله عنه جعل الأراء لا يعقد إلا بالتقبل نرحباً لحديث الحديث فيه ، ولدفع أذى المني وصوره الاحتياج (١) .

الكفالة : تعتمد ثلاثة واحدة عند الإمام مالك رضي الله عنه ، ولذا تصح ولو كان المكفول له غير معين أو عائلاً ، ويعقد ، ويجب الوفاء على

(١) يلاحظ أنه في الأصول لا تتم الأراء لا بتلقي من اثنين ومنهم من رجع من ١٧٤ من نظرية القدر الدكتور السهري بك .

الكفيل . ولو كان القول لارم ما اعتدت الا في حصة المكفول له . ولزم أن يكون معصا معروفا ، ولكن لا يفي شيء من ذلك فدل هذا على أن القول من المكفول له ليس ملزمه لاعتقاد الكفالة ، كما أن الأدب من المدين المكفول عنه ليس ملزمه^(١) أيضا ، فالكفالة إذن عند مالك تعدد بإرادة واحدة ، وهي إرادة السكّين . وهذا هو أحد قولي الثعبي رضي الله عنه ، وهو قول أبي يوسف من أنصحب أبي حنيفة رضي الله عنهم وعنه أما قول أبي حنيفة ومحمد فاقول لارم لاعتقاد الكفالة ، ولكن أما يوسف يرى أنه وإن كان لقول ليس لارم لاعتقاد الاعتد ، تردد الكفالة ترد المكفول له . أما مالك فيستعاضد من كسبه أن رد المكفول له لا يضمن كسبه . ولما وذهب الكعبين وأدى الدين زومه قوله . ومن له أن يرد مدين يحل من الأحوال^(٢)

وقد سئلت مشرطون لاقبول أنه عقد كسبه المعتود ، فلا يتم إلا ما يجب وقصور . ولأنه فيه معنى التخيير مكفول له . فلا بد من قوله : لأنه لا يذهب شيء في ملك شخص جبرا عنه .

وهو استدلال الدين فله أن القول ليس ملزمه (١) بأن رجلا يهدو نداء دين على ميت على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فآقر يهدم ولا يكره ، (٢) وأن من رخص إذا قال : رتبته صموا عني ما عني من ديون حرثائي والعرباء عتب ، فصموه صبح الضمير وإيموا به ، ولا فرق بين الرخص والصحيح في هذا (٣) وأن إسكفاله يست تعليقاً في أصل اعتقاده ، أن هي في معناه ، ضم دمه في المطامة ، فيست عقد تملك ، فلا يلزم هذا القول

هذا ولستم بتصريفات الشرعية مستقرى لما يجحد في شأها تصرفات كثيرة تم وتزوم بإرادة واحدة منفردة ، فلا يجحد التمتع لأحكام اشعة أن الفقهاء يقررون بالمانع بوجه عن اشتري بعض شيء . منه ذلك بالنسبة للشيعة ، وإن لم

(١) راجع الفرج الكبر الجزء الثالث ص ٣٠٣ وحاشيته .

(٢) راجع الكتاب المذكور .

يصدر قبول تلك لخط من الشيع ، فكان ذلك تصرفا من نوايا عبادة واحدة ، تنبئ عن ارادة واحدة

وهذه قاعدة عامة في الشريعة أن كل تصرف هو في أصله لاسقاط لا لبطل ، يمتد مرادة مفردة ، هي ارادة من يملك الاسقاط ، ولو ترتب على الاسقاط حقوق وواجبات ، فمطلقا من ارادة واحدة ، وإن ترتب عليه حقوق مبرأة ، من وجوب مؤخر اتمام ، ووجوب لعدة عيها ، وغير ذلك ومن هذا كله يبين أن الارادة المفردة لها مكانها في الايامات الشرعية ، ولكن في تصرفات التي لا قصد بربح وقبول أما ما يقصد بالايجاب والقول ، فالارادة المفردة مست هي مناط الايام فيه . والله اعلم في سواء السبل ، وشرعة الحق

الرضا

١٢٠ - ذكرنا أن أساس العقد هو ارادة عاقد مفهومة من عبادة وهذا اد فسرنا العقد بالمعنى العام الذي يشمل كل تصرف شرعي ، أو هو توافق ارادتين مظهرهما الايجاب والقبول ان قصد العقد على المعنى الخاص ، وهو الذي لا تتم الا بالايجاب والقبول . وعين آية حال يكون أساس العقد الارادة ، وعقد اية ، والارادة لها عنصران لا يحقق بدونهما . أحدهما الاحساس ، وثانيهما الرضا . والاحتياط كما يفهم من كتب الحنفية وفروعهم ، والأحكام التي يرتبونها ، هو القصد إلى نفس الذي يستطعمه شخص ، سواء كان ذلك الفعل قولاً أم غير قول ، فالاحساس في العقود القصد إلى انطق بالعبارة التي تنبئها ، مادام في استطاعته انطق بتلك العبارات ، وهذا البتة ، متعمداً ذلك ، ويشمل ذلك القصد ثلاث أحوال (١) حال القصد إلى معنى العقود ، والرضا بأحكامها ، والرضا في آثارها ، (٢) حال قصد مطلق بالعبارة المنشئة للعقد غير فاصد لأحكامها ، بأن كان هارلاً . لأنه قد نوافر القصد إلى المطلق ، وبذلك يتحقق الاحتيار ، (٣) كما تشمل أيضاً حال المطلق لعبارة العقد تحت تأثير اكراه أو

ادعم ، لأن القصد في فعل مستطاع ثابت مع الارادة ، منحوق فيه وان كان الرضا غير متحقق ، ولا ثابت .

هذا هو الاحتيار ، كما يفهم من كسب في حيفة ونحوه ، فهو لا ينفق مع الحرل ، ولا مع الاكراه . أما الرضا فهو الارباح إلى عقد ، واردة فيه ، فهو لا يتحقق بمجرد القصد ان العذر . نشئة بعد ، بل لا يتحقق الا بالرضا فيه ، بحيث يحس المرء بان مباشره للعقد قد اشعنت حاجة في نفسه ، وملائم رعيه من رعائتها . فالرضا من لا يقضى بمجرد قصد كالاختيار ، بل لا يتحقق . لا قصد كامل يشيع في جوامع النفس ، ، يكون من الرعيه ، ولما بقول صاحب كشف الأسرار « رضا ملاءم الاحتيار أي نوعه بهيته ، بحيث يقضى نوره من صاهر من ظهور الشائنه في نوحه ونحوه . كما يقضى نثر العيب إلى لظاهر من جماليق العين والنوحه بسب عيان دم القلب » (١)

فالرضا من لا يتحقق مع الحرل . ولا مع الحضا ، ولا مع الاكراه

وخلاصه القول ان مقصود مذهب الحنفية من الاحتيار يتحقق بمجرد من الرضا ، ، ان كان الرضا لا يمكن ان يتحقق من غير اختيار ، إذ الرضا اختيار كامل قد يع بهيته ، أو هو امتلاء . للاختيار على حد تعبير صاحب كشف الأسرار .

أما ما فهم من أحكام مذهب الشافعي وغيره من مذاهب في معنى الاختيار فغير ما يفهم من مذهب الحنفية : إذ الاحتيار عند الشافعي هو القصد في العبارات منثثة للعقد بحيث تكون تلك العبارات ترجمة عن في النفس ، وديلا على رعائتها وعيادها ، فإذا لم تتوافر في العبارات تلك الدالة لم يكن ثمة اختيار ، لأن عبارات حينئذ لا تدل على القصد المعنى ، فلا يكون اختيار في مجرد قصد المطلق ، وعلى ذلك لا يتحقق الاختيار مع الحرل ، كما لا يتحقق مع الاكراه والسيان والخطأ ، لأن عبارات التي قصد المطلق في كل هذه الأحوال لا تدل

على قصد نفسي ، ويبترحم على ما يحل العس من رعات * ويدر قامت
القرائن على أنه ما تكلم بعبارات العقود فاصداً معانيها وآثارها ، فبحرود
العبارات من الدلالات على اربعة الكمة ، والمكره ما كانت عبارته دلة
على قصد إلى العقد ، وكما تدل على قصد إلى دفع الأذى ، ومع الضرر ، والله
شهر ، ويس ذلك من قصد نفس إلى العقد ، ورغبتا فيه في شيء ^(١) .

ومن هذا يلزم فلا ريب أن الاحبار والرصب ، مما يلزم عند الشافعي
وعنده ما عدا الحصة ، فلا يستحق احبيل بحرد عن رصا ، كإن ارمه لا يستحق
من غير حثيار .

ثم ١٢١ وبعد ثبوتية إلى تكميل بيان مذهب أبي حنيفة ووضوحه في
الاحتيال : قد بين أن مذهب الحنفية لا يطر في تكوين الاحتيال إلا إلى القصد
المجرد ، من غير نظر إلى الرصب والارتياح ، والمعرة في ذلك القصد عندهم هي في
العقد في مباشرة سب وهو الأملط انداله على العقود من غير نظر إلى العقد
لأحكامه ، وبذلك يقال ان اهدر يختار للعقد ، وإن كان قد أدى حماراً من قبل
أو من بعد أنه ما قصد ولا يقصد إلى الأحكام ولا يرتبها ولا يفتقر ، ولا يرى
انها ، ولا اعتبار لها في صرح - لأن الاعتصم في تكوين الاحتيار في لقصد مجرد في
المطلوع ، حماراً ، منبئة للعقد من غير نظر إلى ما سواها ، ولا تكثير في غيره .
والعهد الأول يتكون العقود في مذهب الحنفية إنما هو الاحتيا ، ما
العصر الثاني وهو الرصا ، فليس يلزم لاستناد العقود ، ولكنه لازم لصحة ^(٢)
أكثرها ، وعلى ذلك تقول انه اذا وجد الاحتيار مع استيفاء فيه ما يجب توافره
لأمانة العقد فقد وجد العقد ، وإن لم يكن رصب وارتياح نفسي ، وقصد إلى
الأحكام ، لأننا ، لأنه لا يلزم لاعتقاد العقد الرصا ، بل هو شرط لصحة العقد بمعنى

(١) راجع اسكان سابق من ١٥٠ .

(٢) ان لم يتوافر ما يجب توافره لاستناد العقد يكون بحلاً ، وقد توافق أن كان الاستناد
ولم يتوافر ما يجب توافره للصحة كان العقد فساداً ، وهذه التفرقة بين الاستناد والصحة ، وبين
الناظر والفاصل خاصة بالحنفية ، وسبب ذلك تمام البيان في موضعه من بحثنا .

ترتب آثاره الشرعية عنه ، وإقرار الشارع له : ولا يلزم من وجود العقد صحته ،
وبرب آثاره بمجرد تكونه ، بل قد يوجد ويكون فاسدا ، وعلى ذلك نقول : أنه إذا
كان أحد العاقدين في بيع أو أحرة أو نحوهما مكروها على العقد غير راض به ينعقد
عنده ، ويكون فاسدا : لأن هذا الأول ، وهو الاختيار قد وجد بالقصد إلى
مباشرة السب ، فيعقد العقد ، ولكن - ثواب شرط من شروط الصحة - وهو
الرض والارتياح ، ويكون العقد فاسدا ، وكذلك إذا باع أو اشترى أو آخر مثلا ،
وكان هذا لا عند مباشرة العقد ، وصدرت عنه عبارات تدل على ذلك ، ففي هذه
حال ينعقد العقد ، ولكن لأن الرضا ، وهو الارتياح والرغبة في أحكام العقد غير
متموِّر لم يصح العقد ، بل يكون فاسدا ، مادام مصرا على المزل ، وه يعطل
عنه ، فإن عس عنه أغلب العقد صحيح ، لأن الفساد كان سبب عدم الرضا
والرغبة ، بوجود المزل ، وقد بان بالأعرص عنه . والرغبة في أحكام العقد : ومن
القرار عند الحقيقة أنه إذا فسد أحد سب من الأسباب التي يصدق بالرضا يروى
العقد بربوَال ذلك السب ، ولأن العقد مع الآخر فخرية العقد مع حذر شرط لم
يُبين مدته (١)

١٢٢ § وثب تقدم يرى أن الحقيقة مصرحون في ركوب العقد إلى
صهره ، ومذهبها الحقيقة ، من غير اتجاه إلى السب ، والبرعات مستكنة أي
تدفع إلى اعتماد ، وخبايا التي يرى إليها عاقدون ، وهذا وجدت عبارات
الحسية فقد وجد العقد ، أما الأثر فقرر ان وجد رضا ، وإن وجد رضا
فمعنى العقد يكون فاسدا ، لا ترتب آثاره عليه ، ولا يقر الشارع العاقدين
على وجوده ، بل يوجب فسخه وروائه أو ارضاه به ، وبعض المقود ينعقد وتلزم
آثاره ، وتحقيق بمجرد الوجود الحسي بالقصد إلى عبارة ، بثبته للعقد ، والمعلق
بها وأمين بالمحرر كلا نوعين من المقود والتصرفات

التصرفات تنقسم إلى قسمين : (أ) يقل النقص كعقود المبادلات

(١) حذر بمرجه هو أن يشهد أحد العاقدين أن يكون له حق الفسخ مدة معلومة ،
وإذا شق عليه أحد العاقدين لا يبرمه آخر عقد في مدة احذر

للمائة ، والعمود التي تكون الأموال مقصودة بالذات فيها ، بهذه تعتقد لارمة
 بـ كان من شأنها المزمع ، ولكنها تقبل الفسخ برضا العاقدين أو بشرط بغيره
 كحيز الشرط ، وهذه تعتقد بوجود الاختيار ، ولكن لا تكون صحيحة إلا إذا
 ، حد الرضا ، فهي لا تكون صحيحة مع الإكراه ، ولا مع الغرل ؛ لأن الإكراه
 ، غرل يعدم رضا ، ويمحوه ، فلا يصح معها هذا النوع من العقود ،
 لأن الرضا لا يـ يصحب ، وإن لم يكن لازم لا يـ يعدمه ، وإذا صحب هذه العقود
 إكراه أو غرل فهي مستندة وسنة ، حتى يروى الإكراه ويوجد رضا ، ويعتد
 لها من غرله ، ويصر على العقد ، ويرضى به ، لأن سبب الفساد هو عدم
 لرضا ، وقد رآه وجوده ، فيكون معه فساد

(ثانيهما) نصرت لا تقبل البعض في الجملة إن وجدت كالمسحاح
 ، مطلق والعائق ، فإن هذه تصرفات إن اعتقدت تكون لارمة ، ولا تقبل البعض
 في ضمن شرعي ، وإن كانت هذه أحوال استثنائية مسح بعضها فيها ، وهذه
 التصرفات التي لا تقبل تقبل نصهر آثاره بمجرد انعقادها ، وتوجد أحكامها
 بمجرد وجود مارات أمثله ، ولست نعرف منها ، غير أنها لا تراعى
 أحكامها عن أسسها ، ولأن هذه تصرفات لا تقبل البعض ، ولا مروها الفسخ
 في أصل شرعي ، ولأن أحكامها يوجد بمجرد وجود مارات أمثله ، قال
 الحنفية بـ تعدد صحة ، ولو يتوافق فيها الرضا ، ولعل الإكراه لا يؤثران في
 صحة المسحاح ، بل يعتد المسحاح صحيح مع الإكراه وحرر ، لأن رضا
 يس شرط صحته ، ولأن أحكامه لا تنفصل عن وجود سببه ، وسببه يتحقق
 بالتصديق مارات أمثله به مع ما شرط لانعقاده ، واعتد لي العبارات
 أمثله له هو الاختيار المطلوب ، وهو يكون مع الإكراه ، فيعتد المسحاح معه ،
 وإذا اعتد طهرت أحكامه بمجرد انعقاده ، فلا يؤثر فيه عدم الرضا .

ولا شك أن هذا التعميم الذي يحمل بعض العقود يلزم فيه الرضا ، وبعضه
 لا يلزم فيه ، أي هو عند الجملة أما عند اشافعية ومن سلك مسلكهم ، وهو أخرى
 بالاتفاق ، فأرض بالارم الاختيار لا يتحقق أحدهم من غير الآخر ، وكلاهما لا

لانعقاد عقود كراهية سواء في ذلك ما يسل الخس ، ولا تشمل حكمه سببه ، وما لا يسل الخس ، ولا يتراخى حكمه عن سببه ، فاسكح وأخواته لا تعقد مع الأكره عند غير الخصية ، لأن الاحتيار للأردم صحة العسرات انشئه بعد لا يتحقق الامع الرضا ، ولا شك أن الأكره بعدمه (١) .

١٢٣ - وما دمنا نشكم عن الرضا في عقود ، وأثره ، وأحكام العقود ان بعدته ، وحب أن نشير الى موضوع حكمه فيه انتمه الحديث في العقود وقسمها ، وهو العقود الرضائية ، وعقود الشكائية

لقد كانت عقود أوروبا قبل القرن سادس عشر اميلادى شكائية في جميعها ، بمعنى أن العقد لا يعتمد في وجوده على إرادة العقدس ورضاهما ، ولا اعتبر مية لمشئة العقد راضى صرعية على ما فيه من إرام ولرام ، من عباد وجود عقد رسوم وشكال يلزم القامون به : يكون العقد قوة الأرام ، ويشأ به الأتزام ، فإذا وجدت تلك الرسوم وهذه الأشكال ، فقد وجد العقد من غير نصر لإرادة العقدس ورضاهما ، ومن غير نصر ان ما يدور على ذلك الرضا من عسرات ، مادامت الرسوم والأشكال قد توافرت ، وما جاء القرن الثالث عشر ، وحدث ما سمي بعصر النهضة ، فسدت لإرادة الأساسه برص وجودها في العقد فرضا مدوما ، فمكون هي العصر المبكول له ، ثم أحدثت العقود في التحول والانتقال من عقود شكائية الى عقود رضائية ، حتى صارت الإرادة هي الأساس الأول لمكون العقد ، وانبعثت انشئته به ، والمداط الذي يرتبط به العقد وجوداً وعدم ، فان وجدت ، وجد ، وان لم توجد لا يكون العقد ، وان لحقها عيب بحق العيب ذلك العقد ، فإثر في كونه ووجوده ، ولكن بقيت أثره من الرسوم والأشكال ، فكان من عصره رى لأعتراف القامون بأثار بعض العقود واحترامها

(١) أحد ذلك امره ، وما سببه من أصول غير إسلام وكشف الأسرار في عوارض الأهلية ٨ ١٥ ، ١٥٠٩ - ١٥٠٣ واسمير وسعد طرارة في عوارض الأهلية ، وشرح سار ، ومرة لأصول في عوارض الأهلية ، وبالأخص أن الشكوى يرى أن الأكره الأصل هو الذي يسل المدروم ، وأما الأكره عن فلا يصح .

بعض الأشكال . مع وجود الإرادة والرصد ، كانهراط لتسهيل نقل الملكية في العقود السابقة مسكبة ، كان محل العقد عذراً .

ولا زال بعض العقود لا تكفي في تكوين الرضا من الطرفين ، بل لابد أن يصف أنه أمور شكلية ليتكون العقد ، وينقرر كعقد اهبة في الميراث المصري ، فإنه لا يكون مجرد وجود الرضا من الطرفين ، بل لابد لوجوده من الرصد والأمور الشكلية ، ولكن ذلك النوع من العقود اشكالية قليل ، ومع قوته يختلف عن شكلية عقود القديعة ، لأن الرضا في القديم . يكن عصباً من عناصر تكوين العقد ، ولذلك ما كان حصص في العقد ، ما لم يتقدس والأكراه^(١)

١٣٤ هذه الآية الشرعية تقول : « لا شيء فيه أن لأحد في العقود في الشريعة الإسلامية أنها تقوم على قصد وإرادة العاقدين ، وأن الرصد لازم صحة العقود في اهبة إلا ما استثنى عند الحنفية وحدهم ولأحد في العقود في الشريعة أنها لا تصح في تكوينها إلا إلى قصد عاقدين من غير حجة أي أمور شكلية يشترطها الشارع ؛ وذلك بسطع أن تقول غير معين من العقود الشرعية من النوع الذي يسمى في لغات عقود رضائية ، ويست من النوع ، أي عن أنه عقود شكلية ، وشرعية لا يعرف في حملها اشكالية في العقود ، ولا تشترط أي شيء . تكوين العقد غير قصد الطرفين إلى إثباته ، غير أنه يجب أن يلاحظ فإن . يرى فيها بعض الاشكالية ، إذ راعها ذات أثر واضح ، بل ذات سلطان تكوين في العقد في بعض صورها .

تجدي أن من العقود ما يقرر أو حصة وأصده أنه يكفي لاعتقاده . أن يقصد لعاقدين إلى الطلق باعتبار الدلالة على العقد ، ولو كان العاقد مكرها ، وباعتد هذه العقود لازمة صحيحة مع الأكراه ، وهي عقود اللازمة غير القاية للمصالح كالمكاح ، وكالحج بالنسبة للرجل لا للمرأة ، وغير هذا النوع من العقود

(١) راجع كتاب الآثار عامة الأستاذ الدكتور السبوري في حاشيته من ١١٥

بما يكفي لاستقراء القصد أنت إلى النقط الدال على العقد ، وبين لم يطق به ،
 وإسكها تكون مع الهرل والأكره فاسدة لأصحيحة ، والمعروف المقرر عند في
 حبيقة وأصحابه أن العقد الفاسد معتد ، ويرتب له الشارع أحكاماً بقيود
 وشروط خاصة ؛ فهو على أية حال عقد له وجود وكان لهذا ، وبدين أنه إذا زال
 سبب الفساد انقلب صحيحاً بالمعارات السابقة المنشئة له من غير عبارات أخرى
 جديدة ، وهذا كله يدل على أن الرصد ليس ملازم لاستقراء العقود عند احتياله ،
 وإن كان لازماً لصحة أكثرها ، بناءً على العقد العنود سطق العقد بالمعارات المنشئة
 لها ، فاصداً للمطلق ، من غير نظر إلى الرصد ، ويكون المطلق معبراً عن الرصد
 والارتياح أو غير معبر .

وسكن جمهور الفقهاء يرى أن الرصد لازماً لاستقراء عقود كلها من غير تفرقة
 بين عقود فاسدة للنقص ، وعقود غير فاسدة له ، وقد وجد الرصد مع كل ما يجب
 وفرة من الشروط اللازمة لاستقراء العقد الفاسد ، وكان صحيحاً ، وإن لم يوجد لم
 يعتد ، ولا يعترف بجمهور الفقهاء ، يعتد بعقد ويكون فاسداً ، ولا لافرق عدم بين
 اعتماد ولا لطلان ، فكلاً لعقد اعتماد ، والاصل عقد غير معتد

نسبها — انتهى معها على أن رضا في عقد الزواج لا يكفي صحة
 الاعتماد ، بل لابد لكي تكون العقد صحيحة من الاعلان ، واكتفى بعض الأئمة
 شهادة شاهدين لهذا الاعلان ، ولم يكتف بمصحبهم ، شهادة ، إذا لم يتوافر معها
 الاعلان ، وذلك لأن الاعلان عرض مقصود في الزواج ، وقد وردت الآثار
 متصافرة مقررة أن فرق ما بين حلال والحرام ارفاف والاعلان وقد حاد في
 فتاوى ابن يمينه ما نصه . « أمر بالولي والشهود ومخوذك في السكاح مسنعة في
 تحبيره عن سمح ، وصيانة النساء عن تشبه الحماة ، حتى شرع الصرب بالدف ،
 والولية الموجبة لشهرته ، ولهذا جاء في الأثر : المرأة لا تزوج بمسها : من المعنى هي

في تزوج نفسها^(١). ومروية بالاشهاد، أو بالأعلان، أو بهما جميعاً، ثلاثة أقوال^(٢).

١٢٥—وعلى ذلك يصح أن يكون العقد ابرواً - عند شكى، لأنه لا يمكن في نكوهه رضا العاقدين، بل لابد مع هذا الرضا من الأعلان والشهرة، أو شهادة الشهود. وإن شكلية عقد الزواج وأصح كل الوصوح على مذهب جمهور الفقهاء الذين لا يفرقون بين اعتد القصد والباطل من جهة عدم الاعتد، بل هما معص مترادفان في نظر الجمهور وجمهور من الفقهاء تزوج أن عقد ابرواً - لا يفقه من غير الشهود، أو من غير الأعلان، أو من غيرهما على خلاف في ذلك منهم.

أما مذهب الحنفية الذي يقول أن الشهود شرط صحة النكاح، ويسوا شرطاً لاعتقاده، فهو الذي يحتاج إلى نظر؛ أعتبر فيه عقد النكاح عند رضاءاً أم يعتد عقداً شكلياً، ففي الثاني، وهو كونه شكلياً أكثر من كونه في الآثارات في الحق الحديث، وفيره الأستاذ المذكور السهري بث في نصرة عقد النكاح جاء في عذرات بعض مختصرات الكتب من سبعة لشريعة الإسلامية ما يفهم منه أن عقد الزواج رضائي، وليس شكلي - لأن الرضا هو العنصر الأساسي في تكوين العقد، وحضور الشهود شرط صحة فقط، وبهج مثل هذا التحج بعض قبل من كتب الحق الحديث - وأراي عسى أن عقد الزواج عند أتى حقيقته ونجائه بيطبق عنه اسم العقد شكلي وما يحتاج به من أن عدم حضور الشهود فيه يترتب عليه أن يكون النكاح وسداً لا بطلاً - لاحقاً فيه ولا ثمة، لأن من فقه الحنفية من لا يفرق بين باطل النكاح وفاسده، فإن التفرقة بين باطل عقود المعاوضات وفاسدها أمر مقرر، لوضوح الفرق بين آثارهما فيه. أما النكاح فلا فرق بين آثار العقد القاسد، والعقد الباطل^(٣)، وهذا

(١) أكثر الأئمة يرى أن النكاح لا يصح بدون الب، بل لابد من وثيقين عبارته

(٢) فتاوى ابن تيمية الجزء الثالث ص ٢٧٠ و ٢٧١.

(٣) يذكره الفقهاء من صور معنى النكاح عند الصحيح وعبار بعدد فيها كأن لم يكن، وأن المدخل بسببه منه من صوراً ثلاثاً (أ) إذا كانت عبارة عنه صادرة عن -

رأى كمال الدين من طه ، وقد كره على أن يقرر اثبات في المذهب ، وابن الهيثم هو
من علم دقة واحكامه نظر وتحرياً للصدق في العقل ، وإذا لم يكن ثمة فرق بين باطل
سكاح وفاسده ، بل كل سكاح غير صحيح هو سكاح لا يصح موجد أو في نص
الشارع ؛ لأنه لا يرتب عليه أي أثر من الآثار التي تكون لعقد سكاح في ذاته .
ثم إنه أحب إلينا أن نقول ان حضور الشهود له أثر في كيان العقد ، فيكون السكاح
عقد شكلياً

وهو يترتب في التسليم ، أو أخذ . بطريقة من يعرفون بين فاسد السكاح
وباطله . وقيل ان السكاح من غير شهود فاسد لا باطل ، بل يحد هذا النوع من
السكاح لا يعترف به للشارع ، بل من أنه لا يثبت به من غير الدخول مبر ، ولا
ثبت به عقدة ، ولا يكون لأحد ابروحيين أي حق من حقوقه ، ويجب التفريق ،
وان علم القضاة بأن شحنتين يندثران بمعنى هذا العقد فرق بينهما ، وفوق ذلك
لا يثبت به حرمة مصاهرة . ، لو كان عنداً معترى به من الشارع يعرف بوجوده
وسكو به كان مشتاقاً لحرمة المصاهرة ، لأنه سكاح موجد ، ولكن لثابت غير
ذلك ، أفلا يجوز لنا بعد هذا أن نقول . ان النكاح من غير شهود نكاح غير
مصرف به من شرع الاسلامي ، فهو غير موجد في طهره ، ويكون عقد ابرواح
ان في نظر الفقه عقداً شكلياً ؛ لأنه لا يند لا اعتراف الشارع به من الشهود
قد يقول قائل . ان السكاح من غير شهود والنكاح الفاسد يترتب عليه أنه

— عه أهية (وتأنيب) ان روح المصاهرة غير مسلم (نائم) اذا تزوج شخص حدي
بمصرمة أو روحه بغيره ، بالحرمة ، في هذه صور قد بعضهم ان السكاح باطل ، وان الدخول
سببه روى لا يوجب عقدة ، ولا يثبت بها ، وفيهم كبيرون ان السكاح غير الصحيح معقد
فاسد في غيره ، بل أنه يوجب عقدة ويثبت بها ومبر ، عند الدخول ، وفي الواقع ان ذلك
ليس بمسألة اعترف الشارع بوجود العقد أو عدم وجوده ، بل بمسألة قوة الشبهة في الدخول
ومعها ، في شبهة الحق صعيه أو غير موجد في الصور الثلاث المذكورة ، والشبهة قد به
في غيرها ، ولذا اعتبر الدخول ركناً فيها ، ولم يصير في سوادها

ان حصل دخول ان يثبت النسب ، ويجب مبراش وبدم العدة ، وهم على ذلك
يعترف الشارع بوجوده ، ويعبر بكيانه ، بدليل انه رتب هذه الآثار ، والحوادث
على ذلك ان الذي جعل الشارع يرب هذه الأحكام على المكاح فاسد ليس هو
العقد ، وانك هو اندخول مع وجود شبهه ، يمنع أن يكون ذلك الدخول فاحشة
موجب حداً ، بدليل أن تلك الآثار معها ومعيب ، تثبت في الوطء بشبهة
كأن يدخول رجل على امرأة مضط عروسة ، وتطه زوجها ، في هذه الحال ،
تثبت كل هذه الآثار ، مع انه لم يرب حد عند أصلاً ، وإذا كان كذلك فليس في
اثبات تلك الآثار من حاسب اشارة نعتقد انفسد اعتراف به ، ولا اقرار له ، لأنها
ثبتت لمجرد الوطء شبهة احوالي من كل عقد ، بل تصريح عبارات بعض الفقهاء
أن هذه الآثار ، معها ما ثبتت للمكاح فاسد الا لأنه شبه الوطء ، شبهة
وشارع ، رتب على العقد ، ولكن رسم على مجرد الدخول مع اشتهاء

وهيب نرب مع انقائس ، ان المكاح عقد غير شكلي ، لأنه من غير الشهود
فاسد يعترف الشارع ببعض آثاره فمضى كونه عقداً ، وحيث ، ان اوصاف
في العقود كلها في مذهب أبي حنيفة أثره أن يحصل بعض فاسد ، ولا يمكن أن
يؤثر في العقد ووجوده ، بل كل العقود تعتبر معتقدة وموجودة مع عدم
وجود الرضا ، فان ثبت ان المكاح عقد غير شكلي ؛ لأنه يعتمد من غير شهود ،
وان كان فاسداً قبل ان العقود كلها في فقه أبي حنيفة عقود غير رضائية ؛ لأنها
تعتقد وتسكوب ، ويكون هذا وجود من غير بواقر الرضا فيه ، وذلك ما لا يقوله
أحد ، ولا يمكن أن نقره انقائس ، ان المكاح عقد غير شكلي ، ثم ان الرضا ليس
ركباً مكوناً في عقد المكاح عند الحنفية ، وعدمه لا يوجد أي حائل في عقد
المكاح ، بدليل أن المكاح يعتقد عند الحنفية مع الهرل ومع الاكراه ، ويكون
صحيحاً فترتب عليه كل أحكامه ، فلا يمكن إلا أن يكون شكلياً ، ومعنى الرضا فيه
فيه أقل بكثير من معنى الشكلية .

ويت اشكالية في عقد ازواج بعصاة من قبسه ، بل هي دليل على
عظم رعاية الشارع للعلاقة الزوجية ، في العشرة الزوجية بين الرجل والمرأة
لا يكون إلا بأمانة الشارع ، ومكاملة الله ورحمته ، فلا يسلط تلك الامانة
ارادة العقدين المجردة ، ولا برصاهما المنعزلة ، بل لابد من أمور تشترطها الشارع
مما يحل تلك العلاقة التي كان الأصل فيها التحريم صوباً للأعراس ، وحفظاً
للحرمات ، ومملاً للسماح ، فوضع الشارع حدوداً ورسوم تكون حداً حائزاً
من الحلال والحرام ، ويفصلاً للفرقة بين المكاح والسماح ، كما تكون فاصلاً بين
عشرة الاحسان ، وعشرة الأعداء ، وكان ذلك الشهرة والأعلان ، فكان لابد
من أن تكون هذه الاشكالات مقترنة بأمر الله القديم .

الأحكام

§ ١٢٦ من أن أساس عقود القصد والاحتياط والبراءة ، ولكن
هذه معار فحسب لابد من أمر حسي يبيحها ، ويدل عليها ، فكان ذلك
لأمر هو الأمانة ، لأن الامانة خلق معبراً عن اجتناب ، والعمارات هي الأساس
في الدلالات على لأشياء ، لذلك كان أساس العقود اعمارات الدلالة عليها . وعند
الاحتياط عن اسطق (كذا يكون المال مثواه بالحرس) تكون في هذه الحال الاشارة
الحسية التي تعارف المتصلون بالأحرس معه على دلالتها على انشاء العقد قائمة بمخام
العمارة ، وهذا كان الأحرس يحدد الكتابة : فمن الفقهاء من لا يجيز عقوده إلا
من ، لأن الكتابة تميزه بقله . فهي كاسطق في قوة الدلالة ، والاشارة أضعف منها .
ولا تصح العدول عن الدلالة القوية الى الدلالة الضعيفة ما أمكنت هذه ، وكانت في
لاستطاعة ، ومن الفقهاء من يجيز مع قدرة الأحرس على الكتابة أن يعقد بالاشارة^(١) ؟

(١) القول الأول منقول مع روية كتب الأصول لمحمد ، والفقهاء اسود مع روية
جامع الصغير ، فكان في سنة رويين ترتيب عهد قبله .

أن العبرة هي الأصل . وهذا لم يكن ممكنة ، ورخصه في غيرها ، فكل ما يدل على بعد مقدمه ، سواء كان اسدرة ثم كسبة : إذ هما سواء في كونهما ، تكونا أصلا في التعبير عن معاني العقود .

وبرى المذهب المختلفة تنفق في حملها على أن الأصل في العقود أن تعقد بإيجاب وقبول ، وأن يكون بنفسين ماضيين ، لا يفتقران إلى شيء للاستقلال ، ولا بنفسين أحدهما مستقبل ^(١) . والآخرون يماضون وعنة تنقيد الماضي بالماضي بالقبول ، فيه ضربان (١) فهم من علل ذلك أن الألفاظ الدالة على الإيجاب يستلزمها قبوله ، بل تحمله ويحتمل الاستقلال ، والتعبير بالمستقبل مسدودة أو عدة ، فمن قال بغير هذه الدالة بعشرة فهذا مسدودة ، وإذا قال ببيعك هذه عدة ، وبدن فمصرع والأمر لا يدل على إثبات العقد ، فالماضي هو الذي يمكن أن يؤدي به هذه الدلالة . (٢) ومن الفقهاء من علل اشتراط فعل ماضي للدلالة على إثبات عقد بأن عقود أمور معنوية يصعب لشرع حكمها وتراكم ، وليس المقادير هو الذي يعطيه الأحكام والآثار ، وقد كان الشارع هو الذي يعطيها أحكاما ، فهو الذي يحدد بيان العداوات التي تنشأ ، وقد وردت الآثار عن النبي صلى الله عليه وسلم بأنه كان يستعمل في عقودهم عليه السلام ماضي الماضي ، وكان مقصرا عليه ، وسكن أكثر المعاني ، فإما : إن الآثار في ذلك معصية ذات ماضي ذات الألفاظ على تحقق الجود ، فكان أسبغ الألفاظ لاشائها ، وإن اللغة لغة تقصر الألفاظ المشبهة للعقود على الألفاظ الماضية ، وذلك إما نوى للعاقدين والألفاظ الدالة على الاستقلال أو الحال . شاء امتد في الحال ، وأعلنا هذه النية انعقد العقد ، وهذا يقول كما أن الدين من المهم في فتح القدير في كتاب بيع مائة

(١) وقد سئل الفقهاء من ذلك عقد سكاك ، فبعد قوم أنه بعد من يرضى أحدهما متمحصة للمستقل وإنه لا ماضي يصبح أن يقول أحد العاقدين روي ذلك فيقول الآخر نعم ، ويعني الفقهاء حوار ذلك مطلبين عظمين أحدهما أن يصحبه الأذن الاستئصال أو كماله ، والنية تولي العقد من العاقدين ، وعقد الواجب يصح أن يذلل ما عقد واحد عن الطرفين خلاف سائر العقود ، ولك أن يجعل المسومة في سكاك بعيد ، لأن مجلس عقد الزوج يسهل عادة معنى على كل ما تعلق به ، فمجلس عقد الاستئصال للعقد في حال عدم إحكام مسومه أي بعدها في أصل عقد الاستئصال .

« واعلم أن عدم الاعتقاد بالمستقل هو إذا لم يتصادق على بنية الحال ، أما إذا تصادق على بنية البيع في الحال ، فيعتمد به في القضاء ، لأن صفة الاستقلال تحتل الحال ، فيثبت بنية « وبقدر مقتضاها أن العبرة في عقود تعاقبها لا بانعقادها ، وللقصود من العبرة ، لا انقضاء العوى المحرر ، ولذلك يقول كمال الدين من المهام أيضا : « لا يثبت الحكم بمجرد الانعقاد بنية ، فلا يثبت بنية البيع حكمه إلا إذا أراد به ، وحديث فلا فرق بين بيع وتوفيق الاعتقاد به على بنية « ، ولا يصح بغير نية هـ لا ... فهو يعتقد به حتى غيره بانيه ، ولا يصح بالماضي وغيره بانية « و سرد صورا كثيرة للبيع تحدث فيها لعدوان من التعبير بالماضي ماضيين ومنه إذا قل المشتري اشتريت مثل « ألف » فقول سابع هات التمس ، وكذا إذا قال هذا على ألف ، فصل الآخر فب . ومن هو لك ألف إن وافقت أو نفي أو إن أردت ، فبال وافقت أو أعجبت أو أردت ، فمكمل هذه العبارات يعتقد عند البيع ، وما شبهه ، لوصوح إرادة التعاقد بين الناس ، من هذه العبارات ، وإن لم تكن أصيعة بأعمال ماضية ^(١)

وترى من هذا أن الحكم ، بدون ما أدى إرائي متشدد في أن يكون صعب العقود بأعطاء ماضية ، ثم إذا سر ، معهم في تعميل الفكرة وخذلهم معطلين من ذلك التقييد به التشدد فيه إلى حارة العقود بامدات اندالة من غير تقييد بأعطاء ماضية أو صبيح حاصه ^(٢) ما دام العرف يعبر دلالتها ، واسعة مقترنة بها ، ومعها ما تحمل في ثباتها من إرادة ورغبة في العقد في الحال

١٢٧ - وهذا كانت لأعطاء هي العقد الأول في التعبير عن عقود ونية لا يعطى عنها إلى غيرها إلا عند العجز عنها ، لوصوح دلالتها على إنشاء العقد ،

(١) راجع فتح القدير في كتاب بيع الجزء اء من ص ٧٦ ، ٧٧

(٢) من هذا انه يرى أن العقود لم يعدوا بأش صبيح حاصه وعناصر حاصه ، حتى حاول بعض اراخطين تطيل ذلك فصل صده ، مثل قوله ان ثبت لأعطاء في اشربة من مد التامه الجري لأعطاء عند التبريبي كائن عمارات العقود في شربه مدونة أورقي ، وافق أن لا شيء من ذلك لما علت

فذلك قراره، قاطعة أن الأقوال هي الأصل لأشياء متبوع، والأفعال لا تفسر
مشتقة للعقد، لا ما سطوى عليه من دلالة تشبه الدلالة اللفظية، وهذا ما سمع شخص
شخص آخر على شراء شيء، ثم أعطاه اثنين وأحد سمع فقد انعقد العقد، وكذلك
من ركب عربة معدة نقل الناس، وقد صاحب أو ائتمن بها الأجرة، فقد انعقدت
الأجرة، لأن هذه الأفعال تنبئ في شئها على ما يدل عليه الأقوال غير أن
العقد لم يكنوا على سبيل واحد في إحاطة لأفعال محل الأقوال في العقود،
واقرارهم انعقاد العقود بها، فمنها من معاش، العقود لا ينقد، ومنها من أجاز
وحمل انعقاد أولى، ومنها من يرث الأمر إلى العرف، فالأقوال ثلاثة

(أولاً) أن عقود لا تعتمد إلا بالأقوال، ولا يعتمد بالأفعال إلا عند اجترار
عقد كحال الأجر على المحو الذي يراه، وذلك لأن الأفعال ليس لها دلالة أصلية
وصية على الالتزامات، وعلى رضا الشخص الذي يقبضه بأمر تظهر آثاره في القابل.
فذلك لأن الأصل باللفظ المعبر الذي عن حقيقة الشيء، والمشي عن تعهدات النفس
التي تنقد، تاركة القاسم، وعلى ذلك لا يعتمد عند مجرد المعطاة؛ فليس لا يعتمد
بالمعاصرة بالمعطاء، اثنين وسبعة سمع بعد المداومة، والأجرة لا يعتمد بالمعاصرة الأجرة
والتمكين من الانتفاع، بل لا بد في كل هذا وأشماها من عبارات، والأما، كان
عندنا، وهذا هو ظاهر مذهب شافعي، وهو مذهب الظاهرية، وفي مذهب
الشافعي بعض آراء، فخذيه تجوز العقد بالمعطاة إذا كان محل العقد من
المخفقات، ويحتفلون في حد المخفقات من الأشياء، ثم يرجحون أن ذلك
أمر مبرور للعرف وإعادة، فما بعده اعرف اختيار العقد انعقد عليه لمداومة
ومهما يكن من أثر هذا الخلاف، فمشهور ما تقرر عن الشافعي وهو الراجح عند
المختبئين من بعده في مذهبه عدم انعقاد العقود بالأفعال، حل موضوع أو هان^(١)

(١) جاء في مجموع في باب أحكام ما حثت به عادة الناس في عقد بالمعاصرة في بعض
الأشياء، نصه «وإذا كان يظهر المذهب في حكمه بين حرب إعادة من الأحدث والمظنة
فهو وجهاً أحدهم أنه باطل، وبه أدب القاضي أبو العباس... قال لا أرى كل واحد
منهما يثبت صحة الآخر له (قيل) فهو من معاومة، وتصحها (قيل) حكمه حكمه»

لقول الثاني - ان الأصل في العقود أن تكون «أعطاء» ولا ريب، ولكن قد يقوم لأصل مقام الأعطاء إذا وجدت قرائن تدل على إرادة، وتعلل الإرادة، كما يدفع ثوبا إلى حياطة يحيطه، ومن شأن الحياطة ألا يسمي إلا بأجر، ويركب في سفينة ملاح معدة للاستغلال بالركوب، أو يركب عربة معدة لركوب العامة مأخرة كاترام ونحوه، ونحو ذلك من عقود البيع والأجرة، فإن هذه العقود وإن لم تعد بالأصل الدالة عليها، عسست أمور الناس، ولأن أساس من شأن النبي صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا ما رأوا يعقدون في مثل هذه الأشياء لا تخطئ من ما فعل الناس على مقصود، وهذا القول يسير على أصول أنى حبيبه^(١)، وهو قول في مذهب أحمد، ولا شك أن هذا القول أوسط من سابقه وأقصد، وأقرب إلى التساهل.

ثالث - أن العقود تعقد بكل ما دل على مقصود من قول أو فعل، فكل ما عده الناس دالا على إيجاب يعقد الجميع به، وكل ما صوره الناس دالا على الإحارة فالإحارة تعقد به، من غير نظر إلى كون الفعل قائما مقدم الفعل أو غير قائم مقدمه، وإن اختلف اصطلاح الناس في الأعطاء والأصول اعتقد تعقد عند كل قوة يمكن فهمونه بينهم من إيجاب والأفهام، وليس لذلك حد لا في شرع، ولا في ملة، بل تنوع تنوع الناس، كما تنوع عاداتهم، وفي عطاء البيع والإحارة في ملة العرب يس هو المخط الذي يدل عليه في ملة الفرس أو الروم أو القبط أو الحبشة، بل قد تختلف أنواع الدلالة في اللغة الواحدة، ولا يجب على الناس التزام نوع معين من الاصطلاحات في معاملاتهم، ولا يجرى عليهم التعاقد بغير ما يتعاقد به

من لقوس باثر عقود متعددة، فكل واحد منهما مطالبة الآخر بما سلفه إليه مادام باقي، وصحة أن كان ذلك، وعن شمس أبي حنيفة أنه لا مطالبة لواحد منهما على الآخر، وبما ذهب إليه رضي، وهذا يشكل باثر عقود متعددة، فإنه لا يراه وإن وجد أيضا^(٢) المجموع ٨ ص ١٠.

(١) راجع فتاوى ابن تيمية الجزء ١ ص ٢٦٨، ومخصوص عنه في كتب حجة أن بيع معاينة عبر في إخفاء وحصر راجع فتح القدير الجزء الخامس في كتب البيع

غيرهم من أهل مه آخرى ، إذا كان ما تقدموه به دالاً على معبودهم ، وإن كان قد
سحب بعض صفت للقصبة - الاستيثاق من حكاية الصورة الحسية بسمية
القصبة ، وعبر لمسكن ، وهذا قول هو الغالب على أصول مالك ، وصهر
مذهب أحمد (١)

١٢٨ - هذه خلاصة اختلاف علماء في اعتقاد اعتقاد بالأفعال ، وهو
« مسح كل المصباح في اعتقاد بديه ، ولكن هذا الاختلاف ينتهي في الاتفاق
في عقد السكاح : وإن لم ينعقد عليه أن عقد السكاح لا ينعقد إلا بالاعتقاد بديه ،
ولأنه لا الصريحة فيه ، سواء كانت حقيقة عينية فيه ، أم بحراً مشهوراً ومن
أن درجة الحقيقة العينية أم بحراً تحت فيه الفرية ، وذلك على بعض المذاهب (٢) ،
وهو يمكن من اختلاف في بعض هذا ، فمن سيق عليه أنه لا يكون إلا بالاعتقاد
إدالة عليه دلالة واضحة ، ولا شئ من الإجماع المعاصر ، على أن عقد السكاح لا يكون
إلا بالاعتقاد ، وبالاعتقاد الصريحة في معناه ، وإما أصح الدلالة عليه ، ولو نظرت في
نحو المشهور على رأي الأكثرين في موضعه . وأنه حكمه ، لأن موضوع عقد
السكاح لا يتأتى فيه المعاصرة إلى معنى من العبرة للقصبة ، وتقوم مذهبها - لأن
السكاح لا يكون ، إلا على مذهب صريح واضح ولو طريق انحراف : ولأن عقد الزواج
فيه معنى العادة من ناحية ، وفي بعض أحكامها ، فإذا باط الشارع أحكامه
بالاعتقاد ، بل بعض الرسوم ، لأشكال ، فذلك مما يتلاءم مع فكرته ، وما يراه
معها ، من أن فيه حاجة من العادة . هذا وما ذكرنا من أن لعشرة الزوجية
لأصل فيها التحريم ، والادعاء كانت من الشارع رحمه الله وحقق للنوع الإنساني
على الوجه الأكمل ، صحت شريعته تلك الإباحة لبعض الرسوم والأشكال
والألفاظ .

(١) هذه الأبواب منسوبة من كتابي من سبيل آخره الثالث من ٢٦٧ ، ٢٦٨ ، ٢٦٩ ،

(٢) لقد حددنا سابقاً بديه لا ينعقد إلا بنطق السكاح أو لتروح . ولا بعدد بنطق
هذه واسعة لأن دلالة عديم المصباح على السكاح صريحة ، وعبرها من هذا فيه ، بل هو
كسايه ، وإن وجدت قرينة أوادة الزواج .

ولمعى اعادة في بعض واحى السكاح قال بعض ان السكاح لا يعقد
 غير العربي من يستطيعون الكلام بها ، ويعلمونها ، لأن اعادة غير العربية
 لا تحوز ، لأن لا يستطيع اطلاقها ولا يفهمها ، وقد رد ابن تيمية هذا الرأى ،
 وفي « ايه (أى السكاح) » وان كان عربية فالتك هو كالحق والصدق ، ومعلوم أن
 الحق لا يعنى ، فقط لا عربى ، ولا عجمى ، وكذلك الصدقة والموقف والهمة
 لا يعنى لها مع عربى ، لا جمع ، ثم الأعمى اذا تعذر العربية في الحال ربما لا يعنى
 معصود من ذلك اللفظ ، كما يفهم من اللغة التى اعتددها ، نعم لو قيل تكلمه العقود
 غير عربية غير حجة ، كما يكلمه سائر أنواع الخطب غير العربية غير حجة
 كان موحى ، كما روى عن مالك وأحمد والشافعى ما من على كراهه اعتد
 الخطابية غير العربية لغير حاجة ^(١) .

١٢٩ وقد ذكر صاحب تهذيب الفروق السبب في تشييد في أن
 يكون السكاح نكاحاً ، وعادة الشرع الإسلامى بالألف ابدالة عليه ، وجمع
 ذلك السبب أى زمة أوجه هى في دأبها أربع قواعد فقهية يعقدها فيها من فائدة
 وأحكام ودقة ، وهما هى ذى :

لحج الأول أن السكاح لابد فيه من عقد شهد عليه فيه أنه سكاح ،
 لا سفاح ، لأن انه عدة من شبهة شرط في السكاح ، به مقداره للعقد ، كما
 هل الأئمة الثلاثة ، أو قبل الدخول كما هو مالك ، وعلى التقديرين لابد
 من نطق .

انوجه الثانى — أن السكاح عظيم الخطر ، حليل الميثاق ، لأنه سبب
 نوع الاساقى ، وسبب للعقاب الحاسم لمادة الفساد ، وإحباط الأسس ،
 وسبب لموادة ومواصلة رسكون ، وغير ذلك من المصالح ، والداعدة أن الشئ
 إذا عظم قدره شدد فيه ، وكثرت شروطه ، وعزم في بعده ، بعض شأنه ،
 ورعا قدره ، ألا ترى أن مراة البينة في مالها ، وحماتها ، ودينها ، ولسها ،
 لا يمكن الوصول اليها إلا بالمهر الكثير ، والتوسل العظم ، وأن المصاب الخطيبه ،

، رتب العينة كذلك في العدة ، وأن الذهب والفضة لما كانا رموس الأموال ،
 دقيم السعرات شدد اشرار فيهما ، فشرط المساواة والساخر ، وغير ذلك من
 الشروط التي لم شرطها في سائر العروض ، وأن انطعمت كان قوام العينة
 لاساية مع الشرع بعه سيئة بعه بعض . . . ذلك كله شدد شرع في
 السكاح . فشرط الصداق والشهادة ، وخصوص الألفاظ

أوجه الثالث أن الأصل في البيع والعروض الأمانة ، والأصل في
 العلاقة حسية التحريم ، حتى يكون عقد سكاح - والعدة أن شرع بمحاط
 في الخروج من الحرمة إلى الأمانة أكثر من الاحتياط في الخروج من الأمانة إلى
 الحرمة ؛ لأن التحريم يكون مع العدة ، فتميز الاحتياط للخروج منه ؛ فلا يقدّم
 المكلف على أمانة مح فيه احتمال المفسدة إلا سب قوي ، يقنع برؤا تلك
 المفسدة ، أو مرصها - فاما الأصل فيه الأمانة ، فتصيح الأمانة عند ظهور المفسدة
 تناسر من الأسباب . ولهذا العدة : يخرج السكاح بكل عطف ، بل لا فيه قرب
 من مفسود السكاح ؛ إذ هو خروج من الحرمة إلى الحق ، وحذر ابيع بجميع
 سبب والأصل بداهة على . . . بقول المثلث في العوصين ؛ لأنه خروج من الحق
 إلى الحرمة .

وجه الرابع - عموم الحاجة إلى البيع والمحوه ، مع كثرة الوقوع والعصود ،
 وتكرار العقد عند كل حاجة ؛ إذ لا عى الناس عن ما كمل ومشرب وملس
 ومسكن ومركب ، بخلاف سكاح ، فيه قبح الحصول واتكرار من الشخص
 الواحد والمعدة في اشرية السمعة المصغف فيهم ويكثر ويسكر ، والتشديد
 فيما لا يعم ولا يتكرر ^(١) .

النية والألفاظ

§ ١٣٠ قد بينا أن قوام صحته انعقد الرصد ، وأن الارادة هي العمل

(١) نقاب هذه الوجوه تصرف في توصيف من امره ثلاث من نهديت لغروق من ١٨٩١ .

١٨٣ خضوع على هاشم لغروق لغرق

الأول في كونه عقد ، وإن اللفظ معبر عن هذه الإرادة . كاشف عنها ،
و لكن نشاط الأحكام تلك الإرادة ، فيبحث عنها من غير تقيد باللفظ المذكور
للعقد ؟ - العبرة بظاهر القول ، فبمعبر معناه عن تلك الإرادة من غير بحث فيما
وراءه يكشف عنها ، وتقتضى أغوارها ، وحصرها بذات مثلاً بحرر امرأه و غيره
د صفق رجل روحه طلاقاً كان مكلاً بثلاث التي يتكلم ، فروحاً بزوج آخر
لا تدوم عشرة ، وتؤده بينهما بحياة روحية ، من تحلل به بالأول ، وصح له
أن يمد عيها ، يكون قد روجها صحيحاً ، له كل أحكام الزواج الصحيح
التي لا يقبل فساد ، لا شئ من أن يصر إلى صاهر القول ، ولم تلفت إلى
ما وراءه ، ولا إلى الدواعي والاعتادات ، فلا بد أن يحكم بأن النكاح صحيح
له كل حكمه وثبوته . لأن الدواعي والاعتادات لم يكن في قصد العقد ما يفسد
وكشفاً ، فهو نكاح غير مؤقت يقتضى معه ، لا بد من وجوب فساد ، وإن يصرنا
في بيت مستقرة ، والحيات المستقرة لم يلق عنها بين طرفي عقد ، حكمها أنه
عقد غير صحيح . لأن الاعتقاد عقده على فيه الاعتقاد الذي ، فهو على هذا
عقد مؤقت ، والعبارة أخرى لا يرد به العاقدان نكاح بمصداً اشترعى .

من انقضا ، من كان العاقد على فروعه وأصوله الأحكام صاهر القول من
غير بحث عن عيب والأعراض وتقصيد إلا إذا دل عليها بلفظ يعطى في العقد ،
ومن عيب من أحد نكحت والدواعي ، ويقصر اللفظ العقد على مقتضى
ما تعطيه تلك العيوب ، وما توجىء إليه تلك الأعراض ، فهم لا مهمون لفظ
العقد تقتضى الدلالة العمومية والعرفية لفظ ، من يعمومه تقتضى هذه الدلالة
مع عرض المتكلم وبقته ، ما ظهر منها وما خفى ، ما دام هذا قرائن كشف
عنها ، وتفسير

١٣١٩ - ونظر من يأخذ بظاهر عقود وعباراتها المكتوبة لها من غير

نظر إلى العيوب والأعراض الشافعية رضي الله عنه ، فهو لا يأخذ إلا بمقتضى
ظاهر الألفاظ في العقود وما تنزل عليه ، لأن أحكام الدين كما كل ما يسطر بظاهر

في الشريعة الإسلامية ، فاستأنس بها عند الله ، ولا يحبها إلا يوم تكون
الأمر كله لله ، فبحث عن نسب والمصد الخفية لا يتفق مع المبدأ الذي
يقول أن كل الأحكام الدسوية هي على الصانع ، والذي صلى الله عليه وسلم في
قصته كان يقضي حقتي الصهر ، وهو الذي أوحى إليه ، وإذا كانت الأحكام
كلها في الدين كدلت ، وفقد كل لا يوجد إلا ما نطق به عباراتها من غير
غير إلى البيات حيرة ، وغير حيرة ، فإذا كان بعد صحيح فتنسب فاطمة وما
اشتد فيه ، وما اقترن به ، فهو بعد صحيح من كل الوجه من غير نظر إلى كونه
درية أن ربه أو غير ذلك ، دام العهد لا يقترن به ، ولا شيء يفسده ،
و مية بحسب عيب الدين الذي لا تحصى عليه حافية ، وهو بكل شيء محط

وكثير من عيبها قد أخذوا بأعطاء العقود محمولة على ميات مفسرة بها
ما دامت قد قامت على تلك الميات فرائض صاهرة ، وشواهد قائمة ، أما ما حق
واسمته النفس وم تعلمه فلا يجد به شيء ، لأنه لا يمكن التمسك به ، والله يقول
« ولا تقف ما ليس لك به علم » . وحده هذا في الأعراس أن قامت
عيبها بعد يمكن الاعتماد عليها في العهد ما كانت قد قوة انشء العقود إلا
لأنها أحداثات غير نفس ، وما يحول بها من معان ، وما تفعل به من رعات ،
وما يحتج في ثباتها من نسب ، فلا بد أن يحتجها من مطقة حدها لحقيقته ، فإذا
تكن الأحكام مطقة للميات والأعراس كانت أحداثا كادية ، فتفقد ما يبط
بها من تكوين حقد ، وأذن فالأعطاء لا تكن مطقة مع السيرة المقصد
ومرعى العاقد من العقد لا يشأ منها عقد ، ولا يسلط بها حكم

١٣٢ . نسب نفس وبحث عنها إذا وجدت أمارات هذا كما أشرف من
نفس ، وقد فصل ابن القيم ذلك الرأي تفصيلا بحكمه في ذكره للقارىء ، وما هوذا
« لتكنه صعب العقود أم أن يكون قاصدا للتكلم بها ، أولا ، فإن لم يقصد التكلم
بها كما أنهم وانحسروا والمعروف على عقله لم يرتب عيب شيء : لأن أقوال هؤلاء ، كما
هذر ، كما دل على ذلك الكتاب ، والسنة ، والميراث ، وأقوال الصحابة ، وإن كان

وقصدا للثبوت به ، ثم أن يكون علما تعادها متصورا ، ولا يدري معانيها
الله ، بل هي عنده كأصوات سحر بها ، ولا يمكن علم تعادها ، ولا متصورا
له ، ثم ترتب عنه أحكامها أيضا ، ولا تراعى بين لأمة في ذلك ، وإن كان متصورا
معانيها ، علم بتدلوها ، فإما أن يكون قصدا لها ، ولا ، فإن كان قصدا لها ترتب
أحكامها في حقها وبها ، وإن لم يكن قصدا لها ، فإن أن يقصد حلالها ، أو لا يقصد
معادها ، ولا غير معادها ، فإن لم يقصد غير التكلم به فهو الآخر ، وإن قصد غير
معادها ، فإن أن يقصد ما يحرمه قصده ، ولا ، فإن قصد ما يحرمه له قصده ، ولم
يكن حكما مقدر احدى تدل عليه هذه الجملة — ثم تله حكما هذه الصبيح بينه وبين
الله تعالى في كل حال ، وإنما في المعاد ، فإن اقترن بكلامه قرينة تدل على ذلك م
بذمة أيضا : لأن السيق وقرينة بينه تدل على صدقه ، وإن لم يقترن بكلامه
قرينة صلا ، وإدعى ذلك دعوى محرومة من نفس مع ، وإن قصد به ما لا يحرم
قصده كالتكلم سكحت وبروح لا يقصد عشرة روحية غير مؤقته ، بل يقصد
تحليلها لمطعم الثلاث ، ونعت واشترت يقصد الرب ، وما شبه ذلك ، فهذا لا يحصل
له مقصوده الذي قصده ، وحمل ظاهر اللفظ والمعنى وسببه فيه ، وإن في تحصيل
مقصوده تعقيد محرم . واستقفا للواجب ، وإعانة على معصية الله ، ومناقضة
شرعه ، وعاقبة على ذلك إعانة على الإثم والعدوان ، ولا فرق بين إعاقته على ذلك
بأطريق اتى وصفت معصية الى الأثم بذاتها كالرما الصريح ، وبين إعاقته عليه
بأطريق اتى وصفت معصية الى غيره ، واتخذها هو دريعة ، كمن يقصد عقد شراء
يكون دريعة للربا ، فمقصودا إذا كان واحدا لم يكن اختلاف الطرق الموصية
إليه موحدا لاختلاف حكمه ، فيحرم من طريق ، ويحل لعينه من طريق أخرى ،
فإن الطرق وسائل ، وهي مقصودة لغيرها ، فأى فرق بين التوصل الى الحرام بطريق
الاحتمال ومكر وإخداع ، والتوصل إليه بطريق المحامرة حتى يوافق فيها السر
الاعلان ، وظاهر الباطن ، والقصد اللفظ ، من سالك هذه الطريقة قد يكون
عاقبته أسلم ، وحظره أقل من سلك نهك ، كما أن سالك طريق إضاع والمكر

إلى طرفة الشامي . وهي الأحد بصواهر عبارات العقود من غير تحر وتتم
للبيات الخمسة . والأرداب مسكنة ، سواء أدب عليها قرآن أم لم تدل

١ - فإمام يقولون فيمن تزوج امرأة يعلها لروحها الأول الذي طلقها
ثلاث ، وبوى ديت هو والمرأة ، ولم يشرا اليه في العقد ، ولم يشترط ذلك فيه : إن
الملك صحيح ، وتحمل روحها الأول ، إن طلقها بعد الدحول ، وبتهاء اعدة ، بل
إن العاقدين لم اشترط في عقد ارواح صراحة أن العرض من ارواح أن تحمل
بروح الأول ، قال أبو حنيفة إن الملك ينعقد مع الكراهة ، واشترط ليس
بإلا : لأنه شرط فاسد ، وملك لا يفسد بشرط الفاسدة ، وفي الصالحين
بأن الملك يكون غير صحيح : لأنه في معنى الملك المأقت ، ولورود الآثار
المستقيمة بأن مثل هذا النوع من ملك فاسد ، وهو مباح لا ملك^(١)

ولاشك أن ذلك كله يدل على أن انتهاء الخدمة . يأخذوا بأمية والعرض
في عبده الحرثية ، وموضع خلافه هو حب المص على العرض في ضمن القبول
مشتى للعقد . يعتبر ديت المص ، أنه يسمى " ويس في اعتدله ، أخذ بالمية أو
عدم أخذها .

٢ - وتراهم أيضا خبرو بيع امية مع أن عرض المسلمين فيه المحال
على احة ربنا واحتره ، استبعه ، وصورة ديت البيع أن يتفق اثنان على
الدية ، ووسط في ذلك عينا فبيع المترض بمقترض عينا : كثر من
الدين الذي يريد اقراضه بمقدر ، ما الذي يريده ، ويكون الثمن سيئة ، ثم يبيع
الثمن ، وهو المشتري أمين شخص ثابتمقدار الدين من غير زيادة ، وتقدر
الثمن ، ثم يبيع اثنان أمين لهما ، وهو البيع الأول ، بالثمن الذي أحدهما به ،
وتقدر الثمن ، فتخرج المسألة أن المقترض قد اقترض الدين وحسب عليه
كثير من قدره بمقدار هو . رأى الشريعة الإسلامية ، وقد كانوا يأخذون باليات
والأعراس ومقاصد من غير أن يصوا بظاهر الألفاظ . حكموا بمساده ، نعم إن

بعض انقبه كرهه ، والامام محمد كرهه ، وكان يقول : « هذا سمع في قبي
كأش الجبر دميم ، اخترعه أكله ارب » ^(١) وسكن ذلك اقرب الحار من
الامام محمد ، « جمع من أن لذهب احاربه وتسويحه صحيح

بعض ان الحقيقه حكموا بعد ييوع لما فيها من شبهة ارب ، وذلك مش أن
يشترى شخص عينا من الأغنياء ، وقل أن يسل الثمن يسعها بمائة ثقل من الثمن
الذي اشترىها به ، فقد قالوا ان ذلك ليس فاسد ، وسكن ذلك لا لوجود شبهة ارب
أو عدم وجودها ، بل لأن شبهة ارب ^(٢) بعد الجمع ، ومن الغريب أنهم قالوا
ان هذه الشبهة رتبة في بيع العينة مع وضح الغرض ، وارباً المقصود

٣ وقد قالوا انصافاً في مهر السر ومهر العلانية ان هاتين في الرواح ان
انقاعاً على مهر في السر ، ولم يصح ذلك الاتفاق عند ، ثم جاءوا واعتدوا على مهر
في العلن فامير الواجب هو مهر العلانية ؛ لأنه هو الذي اقترن بالعقد ،
ونست به الالتزام ^(٣) ، ان انه اذا تعقد لروح على مهر في حضرة شهود ثم
حدد الرواح بمهر : كبر بشبهة ؛ فالمعتبر الثاني عند أي حبيفة ومحمد ، لأن
الزيادة عن المهر الأول زيادة لأزمة ، وقد أن يوسف معتد الأول ؛ لأن شئ
ملقى فلا يلتفت له ، اذا انعقد تم بالأول ^(٤) ، يرى من هذا أنهم لم ينفصوا إلا
الى ما تدر عليه صواهر العبارات في العقود ، ولم يتسعدوا اليات وبقصد
والأعراض ، ويعرفوها ، وسعدوا عليها أحكام العقود ؛ ولذا يقول ان

(١) راجع من غارس حره بع

٢١ وهم في بحيه غارس نظر دقيق ، قد سمع حج القدر في الجزء الخامس من ٢٠٧

٢ ٨

(٣) وقد قالوا ان ذلك دائم ينص بروحان على أن ان كان مر لا أو لسمعه فقط ،
وان انقبه على ذلك كان الواجب هو مهر السر برأيه ، لأن " في حرب أو في حكمه ،
والجبر يؤثر في لملات له ٤ .

(٤) راجع في هذا حج عبد الرحمان من ٤٢٤ ، ونجم الأنهر الجزء الأول
من ٣٥٥ .

مذهب خفية تقرب مذهب الشافعية في جعل الأحكام بأدلة عامة بدل علمه
بصارت من غير تقصيص بمقاصد وأحكام.

١٣٤ وقد نقول أن مذهب احنافيه قد شتهرت في فروعه ووضعه
قصية نسبت أنه يحج إلى المقصد والعرض . وهي تلك القاعدة الذهبية : « المعادة
« المعاني لا الألفاظ والمعاني » وتقول إن تلك القصية قد اشتهر بحوارها قصية
أخرى أعققت في مذهبها ، وأدل على مرادها من تلك ، وهي قوله نسبة مذهب
وتلك القصية هي ما جاء في شرح الحاشية « المعتبر في وأمر الله المعنى »
والمعتبر في أمور لعدد الأسماء والمعاني ^(١) وللتوفيق بين هاتين القصيتين
إن أراد من المعنى في القصية الثانية نسبة والعرض والذى لا يقتصر « المقصد
عسرة تأتي عنه صراحة ، ويراد بالمعنى في الأولى المذكور الذي يفهم من الصواب
ألقى أنشأ به العقد متضمنة ملاصقة غير مسددة بحيث شترت كل حصة من
عسرة في أصل ذلك بدل . وبذلك سوف صاحب الأشهاد في تطبيق تلك
أقصية : « عسرة بالمعنى ، لا باللفظ في العقد » أن الكفاية إذا اشترط فيها
رأية الأصلين يكون حوالة ، وإن احواله إذا اشترط فيها مصادره لأصليين كقول
كفاية ، وإن الفقه إذا صرح فيه « عوض عند سكون العقد يكون بيعا لأهله
وأن سكاك المطلقة الدائنة بقصد من مظهره بلفظ الجمع ، وإن الرجعة تتم بلفظ
سكاك ، يسوق هذا في تطبيق تلك القصية ، كما يسوق في تصديق أيضا عقد
البيع بلفظ حد وأحدث ، والأحارة بلفظ هذه السمع وتعليقها ^(٢)

ومن هذا كله عهده أن المراد من قاعدة المعبرة « المعاني لا الألفاظ
والمدنى » هو أنه لا تستغنى في أحكام عقود أي الدلالات اللغوية والعرفية
بمجردة ، بل لا يعنى في الأحكام إلا بالمذكور الذي يدل عليه جملة الصواب في
عقد ، وضح أن يكون مرادا للتكلم يدل عليه أسكلام صراحة ، ولو عن

(١) راجع حاشية المحوى على الأشباه من ٣٢٠ .

(٢) لأشهاد المع. أول من ٣٢٢ .

طريق المحر لا الحقيقة ، أما المواقف والمقاصد والبرامى كأن يريد تجميع
المحليل على الزمان أو يراد بالرواج إحلاله لمصقب الثلاث . وعبر ذلك من مقصد
الأولى والعيان الماغثة ، والأعراض الدامعة وذلك ما لا تتعرض له تلك العقيدة
والخلاصة أن مذهب الحنفى فيه بعد توجه فروعه إلى مذهب أبى تمست
العقلية العقود ، لا سميات والدها فع . والله سبحانه وتعالى أعلم

الارادة وآثار العقود

١٣٥ هـ - ١٦٠٠ م اذاعة تأثير الأول في اتحاد مجموع الاتومات حتى يشأ عن
العقد عند عدم اتفاق ، وكما أن يشأ عند في القود يرجع إلى ارادة الحرة ،
كذلك الآثار التي تنبأ على العقد بنسب هذه الارادة ، وعند شريعة مسافرين
في القود . نسبه لآثاره وكل ما اشتمل عليه ، ما مكن مشملا على شئ . يحكم
المعظم العام ، فكل ما يرتب العقد من أحكام يكمن صحيح ، واجب قوة ،
ولو كان فيه عيب وحسن عليه ، ولا يترتب تفرقات بين الماقدين في بعضه
وحرمانه بسبب عقد ، بل يعمده يكون الاتومات تشأ عن ارادة حرة م
نفس عيبه مشأ وتندى ، فذا ما قرب تلك الارادة نسب لآثار حتى ارتضاء
المقادين (١) .

أما في شريعة الاسلام فالارادة مشأ . فقد فقط ، وسكن أحكام
اعتود وآثاره يكون من الشرع ، لا من مذهب ، والمذهب يشأ . فقد فقط ،
وسكن لا يشأ الآثار ، وتأثير ارادته في تكوين العقد واتحاده ، لا في إعطاء

(١) راجع كتاب نظرية العقد في مساند الحكم في كبر سبى سب ، وفيه جاء في
مبحث صحته ١٠١٠ . فلهذا لا بد من توضيح تأنيظ نظرية سبى سب في سب
(أولا) الاتفاقية وعه في حدود نظام العام . (ثانيا) أثر الأمر هو ما أرده الماقدان
(ثالثا) أثره فالأرادة الباصرة ، لا الارادة الظاهرة (رابعا) تفسير القاصى عقد ضعف فيه
للمندى الصريحة واضحة . (خامسا) لا عبر بعدى لا التزام لا ارادة منه فدين بصريجة أو
صبيه . (سادسا) لا يقتضى الالتزام الارادة الماقدين .

(ثانيهما) أن الشارع جعل لكل عقد من عقود الشرعة أثر به ثبت إذا توافرت ركائبه، وتحقق شروطه، وليس للعقد أن يخرج من أحكام العقد بعد اعتقاده، إلا إذا برهن طرف الثاني عن حبه في التمسك به، وتراضى على فسخ عقده، والتخلص من التزاماته^(١) وإذا كان لكل عقد شرعي أثره خاصة، ومقتضاه الذي قررته الشرع له، سواء أراد له العقد أم لا، وليس للعقد أن يتخلص من ذلك المقضي بشرط اشتراطه، قبل العقد أو في أثناءه ما لم يرد ذلك من الشرع بذلك، وإلا فإنه، سواء أكان ذلك، دون ما شرط أم لا، حسب ما قررته الشرع نفسه، وكذا ثبت ليس أن يرد على المقضي، لا بد من شارع

١٣٦ - وقضية أن الشارع لا يكون له حكم شرعي، وأن مقتضىها وحكامها إنما يرد بها شارع، وأن الأساس عمله في عقد العقد فقط، وليس عمله في ترتيب أحكامه - قضية صرحنا كتب الفقه بها، فثبتها كتب الأصول، ودكتها كتب الفروع، معاملة بها الحرفاء الخاصة بالأحكام بحجة، وقد حاز كشف الأسرار على قبول مخر الإسلام اردوى ما فيه: «أن أعمال الشرعة غير موحية»^(٢) نعم، فإن هذه العمل كتب موجودة قبل ورود الشرع، وهـ كل موحية لهذه الأحكام... وإنما لما حب للأحكام هو الله تعالى، بدله ولاية الأئمة، وهو قادر على أن يشرع لأحكام بلا عذر، ولكن إيجاده ما كان عمدا عن العباد، وهم عاجزون عن دركه شرع العمل التي يمكن فهمه عقوب عيبها موحيات الأحكام في حق العمل، ونسب المحبوب اليه بين العباد ليسيرا، فصارت العمل موحية في بظاهر، بحمل الله تعالى أيها كذلك، أي موحية لا بالنسب، وفي حق صاحب الشرع أعلام خاصة للعباد على الإيجاب^(٣) «ومن هذا

(١) يراد من موحية منه، ويراد في معنى شرعية بغيره، وقد جاء في كتاب من ذلك عند صاحب مجلة «لا يدخل في هذا لما من توسعه لي حسب المذهب عملا، كالبيع المالك، والكفاح لعل».

(٢) راجع كتب الأصول في شرحه، راجع ص ١٣٩١، ١٣٩٢، وقد جاء في آخره من ٦٧٨ في كتابه في أن شارع الله يعقد معاملات أحكامه، محصه —

المص منهم أن العقود ، وهي داخلة في عموم المعلن الشرعية ، كما دل على ذلك السياق من قبل ومن بعد ، لا تثبت أحكامها بإرادة العاقدين ، بل بحكم الشارع وترتيب تلك الآثار عليها .

وهذه القضية تجري على أقلية كتاب الفقه على اختلاف مذاهبهم ومباحي احتياطهم ، وبس هذا عند الحنفية وحدهم ، فمراراً يقرر أن الله جعل من الأموال أساماً صاهرة من بيع وغيره ، ويبين أن نصب هذه الأسام أساء ، جعلها علامات إنما هو بحكم الشارع ، فاشترع هو الذي شرعها ، وهو الذي أعطاهم أحكامها ، وناط بها آثارها ^(١) .

ومثل ذلك جاء في مواهب المشاصي ^(٢) وفتاوى لاس بيميه ^(٣)

١٣٧٨ وقد يقول قائل أن العقود اختيارية رضائية ، وأساس الاحتياط والرص أن يكون للعاقد اختيار حر لآثار العقد وأحكامه ، فإذا جعلت الشريعة الإسلامية آثار العقود من اختصاص الشارع لا من حق التعاقد ، كان في ذلك عدم لأصل الاختيار أو الرص ، وقد أجاب عن هذا القول الشاطبي وغيره بأن

« لا نصب بمرحلة معاملات بين عدة مقصور على رخصها وبها ، وذكره الشارع إنما ثبته لخاصة لا مألوف ، وشتم الأئمة وخلافهم لا يردوى حرم الله له من حيث هذا النظم ، وهو منعه إلى هذه النسخة ، وهذا النسخة لا يكون بغير المحسن ، وبها النفس ، فلهذا المحسن بالتمسك ، فشرع له طريقاً يؤدي به ما قد الله عز وجل من عدم أن يصيب به فساد ولا مضاعف ، وهو طريق الأزدوخ بالزكاة ، من في المطالب من ذلك ، وفي الشريعة صانعاً من الأنبياء في أشبه مقاصد رخص شؤبه عنه ، ومن لانه قد كتب الكفايات في أصل أهلة وكذلك لا طريق لهذه النسخة أن أحداً من هذه النسخة إنما يخصص من بعض . وقد تحتاج إلى كل نفس لكفايتها لا يكون مخصصاً في بعضها وإنما تمكن من تخصيصه بالنسخة فشرع منيب ككتاب الله ، وسبب ككتاب الله كونه لكل أحد وهو التجارة عن ثرائم ، لما في التنازل عن القاد ، والله لا يحب الفساد . »

(١) راجع المستصحب الجزء الأول ص ٩٣ .

(٢) راجع مواهب جزء أول ص ١٤١ و .

(٣) راجع فتاوى من بيميه جزء ثالث ص ٢٣٦ .

موضع الاختيار والرضا في ايقاع الأسبب ناشاء لتعود ، وإن ذلك مدى واسع
برضا ، وليس بالمسئولية الحقيقية ، إنما الآثار والأحكام فترتب اشارة
حسنا لتعدل بين الخلق ، وصون لمعاملات عن دواعي الغضب ، ومنع للحرر في
الصفقات ، وحما لمادة الخلاف بين الناس .

ولاعلم في أن يكون اسبب احد برضا من كل لوجود ، والمسئولية
ليس بإرادة الشخص فقط . فان ذلك حار كثيرا في نمو الحياة ، كمن يعشى
امرأته مختار ، يريد ارضا عشتها . وهو كاره لأن يكون به منها ولد ، مع عدمه
أن هذا يكون من ذلك كثيرا ، وكل سبي الدر في الأرض ، ولاست ليس
من عدمه بل من عن الرب ، ومع ذلك . فف هذا أن له ، اسر احيدري
رضائي من كل اوجوه ، ودا كل ذلك واضح سانه ناسية بالأمور بحسبه ،
فهم كمالك في الأمور المعنوية والمعنوية ، وعلى ذلك يكون معقولا وسهلا
يكون اعمود اشرعيه رضائية احصائية في كونها ، وكره من عمل اشرع
احكام

هذا هو الأصل العام ، ولكن من اعمده من واجب اوجه ، بكل شروط
للمعاقبين غير ثابت بخرجه ، ولاست أن هذا شيء من عدم تشدد في الأحد
ذلك الأصل ، وبه كل محله لأن اشرع في بصر هؤلاء .

١٣٨ - وإذا كانت هذه النسخة يبرها اعمده عامة ويدكرها في صوره ،
وبالحق ، لانصف ونحن نعلم أن نقول اعمده حميه يسوا - وافي شديد ميم
نفسه للعقود لانه الحسبه ، ففهم حميه ، وإن انصفوا في التشديد في حهل آثار
تعود الأنكحة من عن الشرع مع احترام للشروط عند بعض ، قد اختلفوا
تشديدا وتسهيلا ناسية لاعتود شاية ، ففهم بعض معتها ، كان تسمية مع انه ممن
يقررون تلك القاعدة (٢) ، ففهم من كلامه أنه محصل لإرادة العاقد في العقود المادية

(١) راجع موقفتي في اسبب احره الأول من ١٥٩

(٢) فهو يقول تحريرا باعادة أن آثار لتعود من اشرع : لأن الأحكام النافذة بأصان ،
كذلك ناسية باسم ، ومثلك اصح التايت بالكاح ، عن أحدثنا أسباب تلك الأحكام ،
والاشرع ألف اعمده سبب سببه ما »

سلطان : وذلك بتعقيب القاعدة العامة التي وردت في الشرع بالحكمة ، وهي وجوب الوفاء بالعقود . وذلك بأن يؤخذ الشخص بكل ما تعهد به في العقد ، ومكمل التزمه ، ولا شك أن في ذلك تقريراً لسلطان الإرادة في إيجاد الالتزامات الناشئة بالعقد ، وفوق ذلك فهذه القاعدة العامة الثانية التي وردها الشرع بالعقود المحكم ، وهي ألا يلزم عدم تحمل الرضا سبباً لعل الحقوق واسقاطها ، وفي الأخذ بهذه الصلافة تقرير سلطان الإرادة في الالتزامات الناشئة بالعقود .

وفي الحق أن من أحداً قلنا فهو عد مجتمعاً وعدة الوفاء ، وقاعدة حمل الرضا سبباً لعل الحق واسقاطه ، وقاعدة أن الشرع هو المرسل للحقوق في العقود يتكبر من ارجح سبب أن العقود تكون التزاماتها بإرادة المأقود ، ولكن ذلك بسلطان اشرع ذلك المحكم ، وما نرى به المكلف من وجوب الوفاء بالعقود ، وعدم حصر العقود وذلك به فبيده كلام . من نسميه . فقد جاء في كتابه العقود وشروط ما خلاصته . « إن العقود تدل على الوفاء بها لا يجب شرع الوفاء بها ، بل على ما حصه الدليل » على أن الوفاء بها من أوجدها في العقد عليها المان والعقلاء جميعهم ، وأدخل في أوجدها العقيدة من قبل بالوجوب العقلي ^(١) .

والأصل في العقود رضا المتعاقدين ، ونسختها هو ما أوجده على أنفسهم . « يعتقد : لأن الله تعالى قال في كتابه : « إلا أن تكون تحرة عن تراص مكم » . قال : « فإن طس كهم عن شيء ، منه بعد فكونه هيناً مريضاً » فعلق حوار الأكل بطيب النفس طليق الحراء بشرطه . قدس على أنه سبب به ، وهو حكم معتق على وصف مشق مسبب ، قدس على أن ذلك أوصف سبب لذلك الحكم . وإذا كان صلب النفس هو المبرج للصدق ، فكذلك سائر التبرعات قياساً بالعائد لمصوصة التي تدل عليها القرآن ، وكذلك قوله تعالى « إلا أن تكون تحرة عن تراص مكم » لم يشترط في التحارة إلا التراخي ، وذلك يقتضي أن التراخي هو المبرج للتحارة . وإذا كان كذلك التبرع والتجارة ، فدا تراخي المتعاقدان ، أو طوت

(١) الفائلون بالوجوب العقلي معرفة من عماء الكلام . أما المعنى عامه فمرون أنه لأوجوب الأحكام يوجب اشرع .

من المتبرع متبرع ثلث حله «^(١) وترى من هذه العبارات ما يبعد أن الرضا له سلطان قوى في أحكام العقود وشروطها ، وإن كان ذلك السلطان مستمداً من عام من الشارع الخبير بمصالح الناس .

وسكن إذا كان ذلك طرأ من تبييه وبعض الحديثة وبعض دسكية ، فليس هو نظر عامة أهل الفتنة : لأن عامة الفقهاء يدكرون أحكاماً خاصة بكل عقد ، ويبينون أنها مستمدة ويعرضون شروط العاقدين على ذلك المنتصى الذى يقولون أنه بتقرير الشارع ، فما وافقه أقروه ، وما لم يوافقه كان موضع نظر ونقاش ، وله أن يحدد بصرية سلطان الرضا في أحكام العقود ، ككل شرط صحيح لأيه أوفى ، مادام لم يخالف أمراً مقررراً في الشرع ، أو نصاً محموطاً ، أو حبراً مأثراً ، أو قاعدة مقرررة مشهورة^(٢)

§ ١٣٩ وهو أردنا أن نحكم على صلاحية تلك العكسة للقاء واتصالها بصول الشرع ومصادره لحكمك بأن يحدد بها حجة من غير تردد في السكاح ، فإن الأسرة لمكانها من الحرمة ، وبما يجب لها من العناية ، وما تستلزمه من التمرار والاشبات كان الواجب أن يتولى الشارع آثار العقد فيها ، ويرسب الأحكام التي تثبت عنه ، وإن دعت يدعو إليه الجميع ، فإن الأسرة يجب أن تقوم على دعائهم من التمرار والاشبات ، ولا يصح أن يسقط فيها الرعسات ، ومن ورثها شبهات والأهواء تهدمة نصيبها ، مدفوعة حبيبها ، المقوصة لأركانها ، وإن الأهواء إذا تحكمت في العلاقة الزوجية ، وحطبت واجبة الوفاء ، اشتدَّت في عهد الزواج^(٣) ، صارت التريجات في الملاد اشرقية كتلك العقود التي تسمى

(١) الفتاوى ج ١ ، ل ٣٩

(٢) سمين ذلك في موضعه عند كلام على شروط التي بشرطها عقد ، وأنها في عهد ، ويوم الوفاء بها .

(٣) إذا حبب لأرادة العاقدين في الزواج سبطاً في آثاره ، واشترطت حياة قاهرة ألا نعم ، لا في القاهرة ، ولو كان عمل روجي في أقصى الصعيد كان ذلك شرط واجب الوفاء ، وأي رواج ذلك الذى يكون أحد الزوجين معه في أقصى الملاد ، والآخرة أدبه ! وأي —

واحد مدس ، ونكتة في أمريكا وثلاثة ، ويغطي سيد في امدن الالعة
الالعة ، نرد ساحة حصة ، وسفن شط ، فلا أسرة أقمت ، ولا بيت تكون
ولا ذرية أسنن الربعة الأوية ست حب ، وما شبه ذلك اسى سى رواج
مدنيا بالخاذ الأحد في اذهبة لأوى ، غير أن هذا حشة نروى استحيه ،
وذلك حشة نعل ، الشهاد ، وتسير رابعة رتسها بين اعداد

هذه ناسه يروج ، ما ناسه يهود ، ولدى راء أنه يجب أن
يكون لأرادة ماقدس سلطان في تكون آثاره ، لأنه لأحصى في حقل هذه
سلطان لأرادة ما دام ، يحدف أمر مقرر في لشرعة ثب نقيس ، أو
أثر مشهور ، أو نص فعمى ، فان الله سبحانه وسدى قد أمر بأوفاء يهود
باليهود ، ولا شئت أن أوفاء يهود لآثارها ، والمادة توجب أن يكون
بشخص سلطان في بعده يمتضى تعبه ، ويمتضى العدة التى عقدها ، وعرف
بين السكاح والعهود انديه ، فان الأنواع الأنص فيب الحرمة ، وتجميع تكون
محتاجين لشرع لصريح ، فكان لا بد من أن يكون السلطان في آثار السكاح
للشارع نفسه أم معاملات انديه هى من الأمور التى تسمى في سبب العقول
الأمور العدية ، والأنص في هذه الأمور الخ حتى بقوه لديل على الحرمة ،
ولا شئت أن الأرادة في الأمور انى تكون من هذه لتقبل لف الشئ الأول
تقضى الاد العام في حقل لرد من من الحقوق واستقامتها

حرية التعاقد وما يحكم الوفاء به

§ ١٤٠ - يقصد بحرية التعاقد اطلاق الحرية للس في أن يعقدوا
من عقود ما يرون ، وما شروط حتى يشترطون غير مقدين إلا عهد واحد ،
وهو ألا تشمل عقودهم على أمور قدسها عها شارع ، وحرما كأن يشتمل
اقتد على ربا ، أو محو محرمه اشرع الاسلامى ، فالحل تشتمل تلك العقود

— ست تكون من هذين الحريين ، وأنى رعبه يكون ثمة هذا الزواج الأول أجل هذا
لا نستطيع أن نأخذ برأى الامام احمد بن حنبل في وجوب أوفاء بكل شروط بروحيين

عن أمر محرم حسن أو لمقتضى القواعد العامة المقررة التي ترتفع إلى درجة القطع
واليقين ، فإن الوفاء بها لازم ، وانعقد ما جودت بعدد به ، وإن اشتملت العقود
عن أمر حرمة الشارح فهي فاسدة ، أو على الأقل لا يجب الوفاء ، بالضرورة المحرم منه .

وإن حرية التعاقد بهذا المعنى ليست أمراً متفقاً عليه بين فقهاء المسلمين ، بل
هي موضع خلاف طويل ، وإن الأكثرية منهم لا يفتنون تحت حرية إصلاحه ،
وبعد منهم هم الذين يلقونها ، يفتنون ثوابها على مصدرها ، وذلك الخلاف
عندهم الخلاف في التشديد والتساهل في جعل آثار العقود من غير تدرج ، وقد
قال الذين شددوا في جعل كل أثر العقود من الشارع ، إن الأصل في العقود
يسمى . حتى يقوم العمل على الإلزام ، ومع الإلزام وجوب الوفاء ، والذين تساهلوا
وحموا لإرادة العاقدين سلطان في آثار العقود تقتضي الأول من الشارع لبعض
رصد دائري عقود ، حصه الأصل في العقود الإلزامية ووجوب الوفاء بها ، حتى
يقوم الدليل على المنع والتعريم .

وعلى قول الأول يكون مبينين بمدد العقود التي ذكرها ، الكتب ،
ووردت بها لأثر ، وذهب عنها مذهب الشريعة ، ولأدلة عقلية ، فما لم يمتنع
عليه لم يكن فهو مشروع ، وأما ما غير لازم ، لأنه لا يلزم إلا ما لا يمتنع به شرعاً ،
فما لم يرد دليل على وجوب الوفاء ، فلا وجه ، فليس بمساس أدل على هذا القول
معدوماً ما شهدوا من العقود ، إلا إذا وجد من الأدلة عقلية ما يدل عليه .
ووجوب الوفاء به . أما القول الثاني فيمنعها كقول الناس أحراراً في أن عقده
ما شهدوا من العقود ، ويشترطوا من الشروط ما يرون فيه مصاحبتها ، إلا إذا دام
الدليل على المنع ، فعندئذ لا يجب الوفاء .

§ ١٤١ - وقد استدلل الذين أخذوا بقول الأول (١) بأن الشريعة قد
رسمت حدوداً ، وأقامت معالم لرفع الحق ، وتسود انعامه أمادة بين الناس بلا
شطط ، ولم تترك أمر الناس عرضاً بلا صواب ولا حدود ، ولا قيود تمنع تصد
ويعرر والحياة المعيشية إلى ارتعاج ، وكل عقد لم يرد به دليل مثبت له من الشارع ،

ولا يعتمد على أصوبه اثباته بالآية في ثوبه هو تعد حدود الشريعة ، وما يكون فيه تعد حدوده لا يقره ، ولا توجب الإفتاء به . ويجب أن وجوب الوفاء بأمر من أشرع حكمهم ، ولا يصح أن نقى في أمر وسعى أن الشارع أمر به ، إلا إذا ورد في مصدر الشريعة وأصوبها ما يدل على الإلزام ووجوب الوفاء . ومن أمر في الشريعة الوفاء بأمر لم يرد في مصادرها ما يوجب الوفاء به فقد حرم جلالاً ، وأحسن حراماً . وذلك افتراء على الله بالكذب ، ومنع أهل إباحية الدين كانوا محرمين ، ويحتمل من غير علم من شرع ولا سلطان معين

(٢) وقد استدلل أحد طلبة القول بحول الرسول صلى الله عليه وسلم « من علم بحلاله لمس عليه أمره فهو رد » فصح بهذا النص بطلان كل عقد عقده الإنسان وأمره لا يصح أن يكون عند أحد النص ، لأمره به باسمه ، أو بامته (١) ، وبهذا فقد ورد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم وقف حصباً ، شمس الله وثبت عليه يد هو أهله ، ثم قال : « ما بعد » ثم قال : « أقوام يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله ، ما كان من شرط » (٢) من في كتاب الله فهو باطل ، وما كان من شرط ، كتب الله أحق ، وشرط الله « وثق » وهذا كان كل شرط شرط ، ولم يرد به نص ، بل ، فالأولى كل عقد يعقده العاصم ، ولم علم من مصدر الشريعة أنها تفرده ، ولم يرد ما يرد به

وقد استدلل أحد يري أن الأصل في العقود الإباحة لا المنع ، وأن كل عقد واجب الوفاء لا ينافاه ما دل على منعه (١) ، ورد في القرآن الكريم من وجوب الوفاء بالعقود من غير تعيين ، فكل ما يصدق عليه أنه عقد ، فهو واجب الوفاء بمقتضى نص القرآن ، وقد ثبت القرآن أن كل تحارة يوجد فيها الوفاء فهي مباحة تثبت كلاً من قدين حقوقاً مالية . فكل ما يطلق عليه اسم التجارة

(١) راجع لأحكام في أصول ، لأحكام ليس حرمه غيره أحد من ٢٢

(٢) نص في الحائز الشريعة الذي ليس في كتاب الله ، ما يفرقه الذي مخالف نص في الكتاب .

لا إلى مخصوص والآثر ، فاستعدت عدة تعديب ، بل أحكامها مغللة بمصالح
 الناس ، وقائمة بعدل بينهم ، ودفع الفساد ، فلا يفت أنكلف عند النص ، بل
 كل ما يتحقق فيه لعنه تعدى إليه الحكم ، وقد باط الشارع الحكم تقن
 الحقوق واستطاعها الرضا ، فكل عقد يتحقق فيه الرضا ، وفيه نص حق أو استنطاق
 حق ، فهو واجب انفاً ، ولو لم يرد له نص صريح مبيح ، مرفه الوفاء به ، يتحقق
 العلة فيه .

(٣) وثم استدلل به لهذا الرأى أيضاً أن كثرة عقوبه ، أو أن كثرة أصحاب
 المذاهب مشهور فمروا أن الأصل في الأشياء والمعاملات العادية ، وما لا يتعلق
 بالأصابع الحل لا الحرمة ^(١) ، ولا شئت أن عقود المعاملات المالية من ذلك
 الصنف ، فكان لأصل في الإفتاء عليها الإباحة . فصح للشخص تقتضي ذلك
 الأصل في شر من عقود ما يرى فيه مصلحته ، وما يتحقق رغبته ، وإذا كانت
 العقود كلها مباحة للشخص ، ولو لم يفسح عقيب ، وبه رد في مصدر الفتية .

والنص في حكمه في شرح باب العتق ، كما تقدم ذكره ، وأما ما عمنه ما يوصف له
 الذي إذا عرس للعول منه بالقول ، فممن من ذلك أن شارع قصد فيها رفع اليد ،
 لا الوقف مع المصروف ، خلاف باب العتق ، من عبده في خلاف ذلك ، وقد توسع في
 هذا القسم مالك رحمه الله ، حتى قال في مصادره تصحيح لمصلحة ، وفيه الاستحسان ، ومن
 عنه أنه سمع أبا عبد الله

(والاث) أن لأشياء في مدني قد كان مضمونا في عهد أبي بكر فيها رسل ،
 واعتمد عليه بغيره ، حتى حرب بدت مصابيحهم ، وأجمعوا على إجماع أبي بكر ، فاعترضهم
 سواء في ذلك أهل المحكمة القسمة وغيرهم ، إلا أنهم قصرروا في حجة من الاستمساك ، فذهب
 إليه به شتم مكارم الأخلاق ، فذهب بها على أن لفروا به في هذا باب مذهب مذهب
 النفاصل في العتاق على أصول اليهودية . ومن هو أقرب هذه الطريقة حجة من الأحكام
 التي حثت في عاقبه ، كالإبته ، والقمامة ، وخراس ، وأشد ذلك ما كان عند أهل
 الماهية محمود ، وما كان يندم من محسن عتاق ومكارم لأخلاق في نفس المقرب ، وهي
 كثيرة » اهـ أراد

راجع المؤلفات آخره ثلث من ٢١٤

(١) فتاوى ابن سبويه آخره الثالث فصل العقود والشروط من ٣٣٤ .

والوفاء بها لأمر ، ولوجود الأذن العام يحمل الرضا أساساً لأثبات الحقوق ،
وأساساً للعقد ، وأساساً للاستعاضة ، ولوجود الأذن العام بالوفاء بالعقد ، واحترام
العهود ، وعدم انقذار ، ولتقد فصل الشرع ما حرم ، فتحریم العقود التي لم يرد
ما يدل على تحريمها تحريم ما أحل الله سبحانه وتعالى ، وتوجه على شرعه من غير
علم ولا سلطان مبين .

١٤٢٥ — هذه خلاصة موجزة لشدة الأبحر لأداة الرئين^(١) ، وبحسب
الفرعيتين ، ويقول ابن تيمية ان القول بالشرع حتى يقوم لدائن على الإباحة
هو قول أهل الطاهر ، وكثير من أصول آف حبيبه نسي على هذا ، وكذلك
كثير من أصول الشافعي ، وأصول طائفة من أصحاب مالك وأحمد ، وبأحمد قد
يصل أحياناً بطلان العقد بكونه لم يرد به أثر ولا قياس ، كما قاله في إحدى الروايتين
في وقف الأساس على نفسه ، وكذا في صفقة من أصفه قد يعطون فساد الشروط
بأنها تخالف مقتضى العقد ، ومولود ما حذف مقتضى العقد فهو باطل^(٢) ١٤٢٥
هذا ما حكاه ابن تيمية ، وأوسع إصدارات الفقهاء في اكتساب المذهبية المختلفة
بصدق ما نقله ذلك الكاتب لفتنه المعصم ، وهذا تحول بالخاص من المال مسلم
المفسر ، وشير الخيرة ، نصف الشريعة في نصر ، ثمث العلية من العلية ، حكمة
محكم بالمطال على كل ما يجد في شئون معاملات من عقود وشروط

ان اصبحت التجارية قد اتسع أمها ، وتشتت أنواعها ، وتبع بحسب
العرف التحريم ما يشترطه العاقدون ، حتى وجدت عقود لم تكن ، ونفس الناس
في الشروط بعد ما بين العقود ، وأصولها المذكورة في كتب الفقه ، ولو
حكمت بطلان تلك العقود ، وفساد هاتيك الشروط بنصر الناس في حرج
وصيق ، وشلت الحركة في الأسواق ، ومنقطعت العلاقات التجارية بين الناس ،

(١) من أراد رجوع إلى أداة رأيي مفصلة يرجع إلى جزء الخامس من الأحكام في
أصول الأحكام لابن حزم ، وفي كتب الشروط والعقود في الجزء الثالث من تنويز بن تيمية

(٢) كتاب شروط والعقود من تنويز ابن تيمية الجزء الثالث من ٢٢٣

بل تنطعت الأسباب ، فلا سمو ثروات آحاد الناس ، ولا سمو ثروة
الجماعات " ذلك ويجوز في الصدور عند ما يقر القارىء أن محبرة الفقهاء
بمحرمات العقود واشترط لا ما هو عليه أو أئنتته المصادر الفقهية بشكل عام ؛
ولكن القارىء اسمع في فهم ما يقر الذى لا يكتفى بالسطور ، حتى تتعلم فيما
وراءها يرى أن ذلك ترى ما على أو ثمة سابقين من أهل الفقه ، لا يؤدي
الى تحقيق معاملات على الناس ، لأن الكثرة من أو ثمة الذين سمعوا الوفاء
باعتد ، حتى يقوم دليل ، قد وسعوا في الأدلة مثنة لجواز العقود ، حتى وسعت
سنة الأدلة كل ما يحرى به المعاملات وأكثرت ، حتى لا يكون أساس في صيق ،
وأكثرهم قرر بعض أو كل لأصول الآلية (١) أصل المصحة المرسله فاسمها
بسم الله ما فيه مصدحة غير محزمة يحجره ائشارع . (٢) وأصل الاستحسان ،
(٣) ومعدة أن ما يحرى ، اعرف بقوله ائشارع ، ما لكن مصدحا سمع

١٢٣ هذه لأصول لو خدتها أو تعصب وضعتها في العقود لو خدتها
لأكثر من من القضاة وقد سمعوا ، ولم تعينوا واسم على أساس ، وهم
بما روي بهد من يتقارب ان الأصل في العقود الإباحة حتى سمعوا الدماء ،
وذلك تعف حدة خلاف ويهون الفرق ، بعرف كل أصل من هذه الأصول
بكتابه ، ونشير إلى تفصيله على العقود

بمعد قاعدة العرف والقرر الشريعة ما يحرى به : فإن تلك لف عدة تعد
في موعده ، هذا بعض صريح : وهي من جهة ثمة مفرقة مشهورة في كتب
احكامه ، فبأوليه ، بعرف أصل عدم ، فمعد عده في مسوط أن الثالث
بعرف كالثات ، بعض ، وحاد في شرح لأشبهه لليرى أن الأمر الثالث بعرف
ثات مدعى شرعى ، ولأن العرف صير من دلالات ائشرعة اعتمادا على الأثر :
« ما رآه أسعوب حسب فهو عند الله حسن » (١) وتذكر كلفها ، قوة العرف

(١) رجع رسائل ابن عديم جزء ثان من ١١٥ ، وأساسه جزء الأول من ١٢٦

لا في اثبات الأحكام الشرعية في الأدلة الشرعية في لا دليل له سواء، من يذكرونه في مقام معارضة أميره من الأدلة الشرعية وعدم معارضة، فيدكرون أن العرف لا يعارض النص، بل يسقط العرف بخوار النص، ولكن العرف يعتبر إذا كان له أثر في معارضة قياس^(١)، ويدكرون في هذا ضد أن العرف عام وخاص، وأن العرف انعام هو الذي يثبت في سائر البلاد، والعرف الخاص يثبت في بعض دول بعض، وكذلك له أثر في الأحكام، على حسب قوته، والعرف العام يثبت في كل بلاد تثبت أحكامه كلها، والخاص سيدة واحدة يثبت حكمه على تلك الامة فقط^(٢).
ولكن العرف الذي تصح أن يكون معارضا لأدلة الفقه الأخرى، هو العرف العام^(٣) فقط، أما عرف الخاص، فهو لا يؤخذ به إلا في دألم يكن في موضوعه أي دليل فقهي سواء، وقد ثبتوا بما، عن أن العرف دليل شرعي، وأن ما يثبت العرف يقره شرع ما لم يكن من يخدعه — صحة عقد الاستصناع، لأن العقد على جري به بين الناس كما ثبتوا صحة كل شرط يس من مضمون العقد، ولم رده أثر، وفيه مفعة لأحد المدين، وأخرى به عرف، وجمعوا سب الحكم بصحة جريان العرف.

ولم يكتب الحنفية بحمل العرف له ذلك الأثر، من جعلوا أحكام مذهب أبي حنيفة وأصحابه فائدة للحد، بحمل عرف دائر في تغييره، بمعنى أنه إذا ثبت أن الحكم في مذهب أبي حنيفة تنصى بروى صحيح في كنهه بحمل للعرف العام، ولم يكن معتدلاً على نص صريح، صح بمعنى على مذهب الحنفية أن يحذف المنصوص عنه في مذهب، ولا يعتبر حرجاً في نفيه عن بطل ذلك المذهب الخليل، فترى ابن عابدن يقول في دأ حنف العرف مداء في صهر

(١) رسائل ابن عابدن .

(٢) رسائل ابن عابدن جزء الثاني ص ١٤٢ .

(٣) رسائل ابن عابدن الجزء الثاني ص ١١٦ .

روية (١) : « علم أن المسائل الفقهية إما أن تكون إما تفصيلاً ، وهي
 فصل الأول (٢) ، وإما أن تكون ثامة ، فنسب احتياطاً ورأى ، وكثير من
 بسية المحدث على ما كان في عرف زمانه ، بحيث لو كان في زمان العرف الحادث
 نقل الخلاف ما فيه أولاً : وهذا فله في شرط الاحتياط أنه لا بد من معرفة أعداد
 الدس ، فكثير من الأحكام يصعب اختلاف الراس ، معوز عرف أهله ، أو
 لحدوث ضرورة ، أو فساد أهل الزمان ، بحيث لو بقي الحكم على ما كان عليه
 لزال الراس منه بشفة وحسب ، ولما في قواعد الشريعة لمسية على التخصيص
 وتفسير ، دفع الضرر ونفساد ، فقد العلم على أنهم ضاعوا أحسن الحكم ، وهذا
 يرى شيخ المذهب حاكماً ما من عنه المحدث في مواضع كثيرة ، ساهى على ما كان
 في زمانه ، عليه أنه لو كان في عصره نقل ما قبلوا أحداً من قواعد مذهبه ، من
 دس هذه المكارم الاستشجار على تعميم الأمر ونحوه ، لا يصح عصياً للمعدين
 التي كانت في عهد الأئمة ، وله اشتمال المعصية بأعقاب بلا أخرة فدعوا ودع
 عيشهم ، وله اشتمالها ، لاكتساب من حرفة ومصنعة جاع القرآن والمدين ، فأنشؤ
 « أحد الأخرة عليه ، وكذا على الأئمة والآل » - مع أن ذلك محض لما
 اتفق عليه ، أو خمسة أو ثمانية ومحمد من عدم حرم هذا الاستشجار وأحد
 لأخرة عليه (٣) ، وعول فيه بحسب على اتفق الأئمة ، به ، « وقد كنه وأمثاله دلالة
 واضحة على أن اتفق من المحدث على امتنع في كتب صدر لرواية من غير
 من عدة الراس وأهله ، ولا يصح حقه كثيراً ، وكل ضرره أعظم من
 نفعه » (٤)

ومن هذه كله يستفاد أن لعرف دليل شرعي عند الحاجة يستأجر الحكم

(١) هي كتب أبي روى بها الإمام محمد مذهب أبي حنيفة وأصحابه

(٢) أي الفصل الذي لا يعتبر فيه لعرف لأن يكون مدرجاً للعن

(٣) رجع رسائل من عائدتين الجزء ثامن من ١٢٥ - ١٢٦

(٤) الرسائل الجزء المذكور من ١٣١ - وأنا مؤيد كل طالب يقفه أن حقه أن يـ

رسالة لعرف هذه ، فهي من به النفع والمصلحة

في كل موضع خلا من دليل غيره على حكمه فيه . من إنبه بعرض القياس ،
ويعتبر دونه ذا كمال علم ، وعلى ذلك يقول : إن كل العقود التي يقرها عرف
الحاصر كشركات مساعمة ، وغيرها مما أوجبه العمل في العصر الحاضر هي عقود
شرعية يقرها فقه أو حبيبه مدامت لم تحجب نص في اشرع ، و يكون هدف
من تقرير حرية التعاقد ، ، سلفا لغير مفيدة بلا معروف .

١٤٤ - الاستحسان : ويستعمل بعد ذلك إلى الأصل الذي الذي يصح .
التي الحرية التعاقد وهو الاستحسان ، وقد أذكر ذلك لأصل شافعي ، ومن
يحكم في الأصول والمروء ، وقال من استحسان فقد شرع ، يقصد بذلك
من أفتى باستحسانه ، فقد حمل نفسه شرعا لا تحتها ، و شرع في نظر الشريعة
الاسلامية هو الله وحده ، ولكن أحد الاستحسان أو حبيبه وانجبه ، ومما
حتى انه يروي عنه : قال : «سبعة أعشار العلم الاستحسان» وقد احتجبت عبارات
المنتهاء في بيان حقيقة الاستحسان اشرع ، فقال لعبد الله بن مسعود الاستحسان
يعقله من غير أن يحد نص بصره أو ينسبه ، بل يرجع فيه إلى الأصل عام ، وهو
حرية المصالح التي يقرها اشرع ، وقال لعبد الله بن مسعود : الاستحسان هو الدليل الذي
يهدى في نفس المحمّد ولا يقدر على اراده واضره ، ولا يكون في موضوعه دليل
أو مثل ، وحسن تعريف الاستحسان عبد الحميد ، ما قاله أبو الحسن
الكركحي ، وهو أن يعدل المحمّد عن أن يحكم في مسألة عش ما حكم به في نظائره ،
من غيره ؛ لئلا أقوى يقتضي القول عن الدليل الأول المثلث لحكم هذه النظائر ،
و يدخل في عموم هذا التعريف ما عوله بعض نفقه ، من أن الاستحسان هو
القياس الخفي ^(١) ، وفي الحق ان تعريف الكركحي يحتاج إلى بعض البيان .

(١) راجع في هذا معنى الفرد آخره . أدل من ٢٧٤ وما سبق ، وكشف الأسرار
على أصول فقه الاسلام جزء الرابع من ١١٢٣ . وقد عرف الاستحسان في مذهب مالك
بأنه لأحد مصلحة جرائه في معادن دينه كقوله : «قال من ادعى في أحكام القرآن ان
الاستحسان هو العمل بأقوى الدلائل»

ولذلك فهو كلمة موجزة في بيانه ، وذلك أن القياس ، (وهو الحاق أمر غير
مستصوص على حكمه بأمر مستصوص على حكمه حنة جامعة بينهما) يقتضى
الاطراد ، وشمول كل الجزئيات ، فهو يسرى بحكمه على كل أمر تحققته فيه العدة
التي من أحبا شرع الحكم ، وقد يتصور في الاطراد والعموم ما يؤدي
إلى صيرور في بعض الجزئيات ، وفوق عرض الشارع ومزماه العام ، إذا صف
التمحيص لكيفية التي اقتضاه القياس ، ويستتبع لأحكام الشريعة بمحد مثلا أنها يجب
أن مدالة المدين تقتضى القصر في المجلس ، والألا يصح العتد ، ولو عمما مقتضى
هذه التقية ، وفاسا في كل ما يحقق فيه عتد ، صحيح القصر ، ولكن عدم
صحة وقوع الس في صيق وجرح ، وقد يؤدي إلى شح ، وعدم معاوية موص
بمعسر باعطائه وانصره إلى ميسرة ، وأن من أغراض شرح العدة ، يحد
نسب التصور ، ووصل نسب مودة ، والتعاضد بين بني الإنسان ، ولذلك
شرع قصص ، ونسخ وأقر معتقدا عليه ، مع أنه في مؤداه يس إلا مودة
تقدين ، قد فات فيها التفاضل في المجلس .

وهكذا قل في كثير من العتود التي كان أفراد القياس يوجب معها ،
وأجابه الاستحسان عند الحنفية ، كإبراعة ومداة ، ولذلك عول الشافعي في
موافقه : « أن مقتضى الاستحسان الرجوع إلى تقديم الاستدلال البرس على
القياس » فإن من استحسان لم يرجع إلى مجرد دوقه ونشبهه ، وإنما رجع إلى ما غير من
قصد شرع في الحنفية في مثال ذلك الأشياء ، مبروصة ، كما سائل التي يقتضى فيه
قياس أمرا ، لأن ذلك الأمر يؤدي إلى موت مطلعة من جهة أخرى ، أو حب
معدة كدث « ^(١) ولقد راع بعض فقهاء المالكية في الاستحسان حتى قال : «
عدد العير ، وما يعرف في القياس كالأقارب أسنة

من هذا يتضح معنى الاستحسان الذي يعده الحنفية والمالكية أصلا من
أصول الفقه الإسلامي ، وإن لو طبقناه وسريه سير لأقدمين فيه ، وفحصا نوايه

في العقود ومع كل ما تقتضيه المعاملات من عقود حتى لا يرد نص صريح واطم
 سحريهم كالعقود الربوية ، ثم لا تكن في العقد ربا صريح ولا استحسان مفسع ،
 لأن الاستحسان أصل يؤخذ به عند عدم معارضة استنبط لقاطع ، ثم لا يوجد نص ،
 وكان في أفراد القيس بقوس مقصد من مقاصد اشرع العامة ، والاستحسان
 يجب بحجة القيس الى ما يخص مقصد اشرع ويرفع اخرج ، ولا شئ في
 صداد لقاس مع عقود حرة تعامل الناس بها ، ولا ترد في لفظة لا ابي
 حرجا شديدا ، وتضييق على الناس في أمر لم يفسد عليه .

١٤٥ المصالح المرسنة : يقتل ضد هذا ليل ، ويحرج عن
 الاستحسان في الأصل ثابت الذي يوسع باب شرعية العقود ووجوب احترامه ،
 وهو مصالح المرسنة ، ويسمى في عرف بعض الأصوليين الاستصلاح ، وهو صمو
 لاستحسان ، وقرئ منه في مراده ، وإن كان هو أوسع شمولاً ، ومعناه الأحكام
 بكل أمر فيه مصلحة يتلقاها لعموم الناس ، ولا تشهد أصل خاص من شريعة
 بانها وأغراضها ، وإن الأحكام بذلك الأصل وعنده أصل من أصول الفقه
 الاسلامي موضع خلاف بين منتهى ، والآخرون به نقل عددا من لأحد
 الاستحسان والاعرف ، لا يأخذ به سوى مالك من الأئمة الأربعة ، وحين عليه من
 الحرميين والاعرف في جملة شديدة ، وملخص الاحتجاج بوجهه ينسحب الى ثلاثة أمور
 (أحدها) أن الأحكام تبدأ الصالح ، ولو لم يشهد هذا دليل خاص من اشرع يمنع
 باب الهوى والشهوة ، فيكون كل ما يشبه اشخص ويرعه مضمحه يسمى عليها
 حكم شرعي بالراحة والإقرار ، وديث يؤدي الى المفاسد والوفاء (وثانيها) أن
 المصالح المرسنة تختلف باختلاف النوازل واختلاف الأقاليم ، واختلاف الأشخاص ،
 من اختلاف أحوال اشخص الواحد ، وهذا جعل كل مصلحة فقهية حكما
 يسمى ، وهذا تنافض حكم الشئ الواحد في الشريعة الاسلامية ، وتقتصر بـ ،
 فيكون مرة حلالا ، ومرة حراما ، وذلك لا يجوز في اشرع . (وثالثها) أن
 المصلحة التي تساطعها حكم الشريعة هي مصلحة التي تكون فيها المحافظة

على مقصود الشارع ، ومقصود الشارع أن يحفظ على أحق دينهم ، ونفسهم وعقولهم ، وسبلهم ، وأموالهم ، وكل ما تضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة ، وكل ما يعرّض هذه الأصول فهو مفسدة ، ودفعها مصلحة ، وما كان دافعا في ضمن هذه الكلية فأحكم فيه قاضي ، أما الحكمة فتقتضي التصالح بمرسئه المطلقة عن التنفيذ بهذه لكيليات احسن . فهو تحصيل وقد يكون هوى فلا عنة به في نظر الشارع الاسلامي .

وقد أحاط الدين أخصوا بالمدح مرسئه ، وعدوها أصلا ، عن لدن الأول وثبت أن المصلحة لمرسئه أي امتد بها هي أي تكون ملائمته في الخبة لأعرص شارع ، وإن لم تشهد أصل حسن ، وذلك سمع الهوى والنسبي عن الشارع ، والافتة فيه ، ومن جهة دسة ، وندي يعني بالأحد بمصلحة امرئله هو المختهد ، وهو وارث بين احيات ومرمى الشرع وقرب مصلحة منها وبعدا عنها ، وفي ذلك حصة لمصلحة من علمه : شهوة : الهوى المذموم إلى الفساد . ، أحدها عن الدليل الثاني (وهو أن الأحدها الأصل يؤدي إلى اختلاف الأحكام باختلاف الأشخاص) بأن هذا لا يعيب شريعته ، بل لمن على مرسومه ، وفي تلك مبروة لقوة وصلاحيها كل من ومكان ، وقاؤها ودوامها . لأنها تحقق كل مدح حسن ، وترفع عنه كل ضرر وضرر من غير أن تمس أصولها بتعبير وتحرر

هذه خلاصة موجزة أشد الأيجز في سن بعض أوجه انظر في ذلك الأصل . ورد كان لأحدون به فيه بين القعب ، تحسب أنه على رأسهم امام در الحجره مالك رضي الله عنه . وإن في الأحد بذلك الأصل فحائز التناقد واحترمه إذا تحققت فيه مصلحة به سكن مدمت ملائمة مع أغراض شارع ، أو غير مضافة لمرماه .

هذه الأصول الثلاثة لو أخذ بها كلها ، أو أخذ ببعضها ، بل لو أخذ بأحدها ، وهو المعروف فكان وحده كافيا لفتح باب التعاقد على مصراعيه ،

و إطلاق الحرية للمعاقدين ، وما ساع لأحد أن يحكم أن الفقهاء قد صلبوا حرية التعاقد ، وغلغوا أنوارها ، فإن أقوال الفقهاء يجب أن تقم على مقتضى ضوابطهم جميعها ، باعتبارها وحدة من سكة الأحراء ، نعم بعضها بعضا ، ويتكون منها «بيان متناسق الأركان» ثابت مدعائم . ولا نصح أن يؤخذ أصل من غير نص في غيره ، فقد يكون فيه سده لمطابق غيره من الأصول ، وقد يكون رجوا صحيحا إلى أصل صلب يطوى عليه . يكون فيه مدد للعقاد ، ودفع للعقاد

الشروط المترنة بالعقود

١٤٦٥ — هذا جزء من حرية التعاقد ، وهو متمم لمحتب : فإن الدين يقتضون باب التعاقد على مصراعيه غير مقيد به إلا بدليل من الشرع مانع يسمح أيضا بأن الشروط في العقود ، محتمل أن يشترط في شيء يكون متد ما شاء من الشروط ، وأدين بغيره أن بات العقد ، و يستمكن بمقتضى العقد أن يقرها الشارع ، والآثار التي اعتبرها لا بدورها ، لا يحترمونها من الشروط لا ما تنفق مع مقتضاها ، وقد معا إلى شيء من ذلك عند الكلام في حرية التعاقد ، وهذا يريد أن يفصل بعض تفصيل هذا الجزء ، فإن الإشارة إليه ليس فيها غناء عن بيانه :

إن الشريعة لا تعطي حماية شكل لشروط التي تشترطها الناس في عقودهم إن عصى تلك الحماية فلائب من شروط ، وتتمتع بما يحقها ، ومثلها في ذلك اسمع مثل القوابس ، الحديثة في معادنها الشروط المحضة للنصاء هذه ، فهي لا تمنح الحماية ، ولا تحجز لمجانك دعيتها ، بل تعتبر حرية في كثير من الأحوال .

وكذلك الصابط لشروط المخلة الرقعة ، والشروط غير العامة في الشريعة ؟ الذي بسط من أقوال الفقهاء أنهم احتلفوا في ذلك على ثلاثة مذاهب . مذهب أكثر فقهاء الحنفية والشافعية ، والمالكية أن كل شرط يخالف الشرع الشريف ، أو يريد على مقتضى العقد الذي اشترط فيه من غير ورود ثبوته — شرط لا يقره الشرع ولا يردعه . كأن تشترط مراة في الزواج لا يزوح

عيباً ، أو لا يقفها من بلده ، فقد زال هؤلاء ، لأنهم إن هذا الشرط لا يقتضيه عقد ارواح ، بل هو رائد على ما يوحى به ذلك العقد من التزام ، فلا يقر ولا يلتصق اليه .

وأصول كثير من احكامه على أن كل شرط لم يتم دليل من اشرع على النهي عنه ، وعلى عدم اعتباره ، فهو مدمر بحكم الوفاء به من غير تقييد مقتضى العقد ، وذلك لأن ائس عند شروطهم ، وعييب رعاها عهودهم ، وبسكنوا وحاولوا التحلل من قيودهم جميع الفناء على الوفاء به : ولذا أحب ائس له الوفاء بشروط التي تصحب عقد ارواح ، كأن اشترط امرأة ألا يتزوج عيباً ولا يستقل من بلده ، أو دارها ، ويجبره فسخ السكاح إذا تزوج عيباً ، وأحذر اشتراط أن يأخذ المبيع اشترطه شمساً ائس بعت به إذا اشترط عند سمسار لا يبيعها غيره ، كما أحل واشترط مبيع سكنى الدار مبيعة سنة وبحود ذلك ، وهكذا ترى كثير من احكامه قد فتحوا باب الشروط في العقود من غير قيد ولا شرط لا شرط واحداً ، وهو لا يخالف الشرط مثبت في كتاب الله سبحانه وعلى أو في سنة رسوله صلى الله عليه وسلم . ويستت من قواعد شريعة الله مع فيه

وقال الصهرية به لا يسير من اشروط ، لا ما ورد النص بانثائه ، وقام الدليل على وجوب اوفاء به لأن الاتراعات الشرعية لا تأخذ قوتها من قوال العاقدين وادلتها ، ولكن بما يرضه الشارع على اقوالهم ، ويحكم بأنه أثر تصرفاتهم ، مما لم يرد من اشرع دين على ائس الشروط التي شترطها لعاقدان لا يلتصق اليها ولا يحكم لها بأثر ، ولا تال قوة لتنفيذ تحت سلطانه .

١٤٧٥ وترى من هذا أن الخلاف في حرية الاشتراط عند التعاقد هو جزء من الخلاف في حرية التعاقد نفسها ، ثم إن ائس والظاهرية يقد في هذا المقام على طرفي تقييد ، أو ثبت معون كل شرط لا يثبت في اشرع هي عنه ، وهؤلاء ينوب كل شرط إلا ما قام الدليل على ائس ، ودلائل الفريقين لا يخرج عما سقاه من استدلال في موضع التراجع في حرية التعاقد ، فسكنف به

مقتناه هناك توحيا للامحار ، ومسا للتكرار .

وانا مع ميسر في طريقه الحداثة في شروط التي تشترط في العقود المايه ،
ومصح « بها » ، واطلاق الحرية متفادين في اشتراط ميريده من شروط فيها
ما دمت لا مدح في عموم ميسر عنه ، و بحاف قاعدة مقرر في الشريعة ،
بري أن ارأي بوسط في شريعه أن نسيم لشروط في كل العقود كما قسمها
شعبي في موقفاه ، « دفن » « اشروط مع . شروطاتها ثلاثة أقسام .

(أحدها) أن يكون مكملا حكمه بشرط وعصا ما بحث لا يكون فيه
مادة لها على حال : كاشتراط الكف . الامس - معروف ، واسمريح ، حسان في
سكاج ، واشتراط ارض ورحيل وانعد أو لنسنة في النش في لبيع ، وهذا القسم
لا سكال في سمته شرع ، وانه مكل حكمه كل سب يقتضي حكما فانه لما
كان غير الكف . مضه مدة الثلاثة لأمعة أحد الزوجين أو عصمتهم ، وكانت
سكفاء أقرب الى تنجاء أحد الزوجين والعصه ، وأولى بمحاسن عادات ، كان
اشتراطه ملائم مقصود السكاج ، وهكذا الامسك معروف ، وسائر تلك الشروط
مذكورة تجري على هذا نوعه ، فتوثق شرعا واضح .

(وثاني) أن يكون الشرط غير ملائم مقصود لعقد ، ولا مكل لحكمته ،
ن هو على الصد من الأول ، كما اذا اشترط في السكاج ألا ينفق عليها ، أو شرط في
البيع ألا يتنفع « ببيع » ، أو أن يتنفع فعلى بعض احواله دون بعض ، أو شرط اصانع
على المستصعع ألا يحسن الشيء امتا حر عليه وان تلف ، وهذا القسم لا اشكال
في انطائه لأنه مناف لحكمة السب ، فلا يصح أن يجتمع معه ، فان اشتراط
السكاج ألا ينفق سفي استعجاب ، مدة المطلوبة فيه ، وهكذا سائر اشروط :
إلا انها اذا كانت باطلة ، فهل تؤثر في المشروطات ؟ هذا محل نظر

(ولثالث) ألا يظهر في الشرط مسافة لشروطه ، ولا ملائمة ، وهو محل نظر ،
يلحق بالأول أم ياتى من جهة عدم الملائمة طاهرا ؟ والقاعدة لمستمرة في أمثال
هذا — التفرقة بين العبادات والمعاملات ، مما كان من العبادات لا يكتفى فيه بعدم
المسافة دون أن تغير الملائمة ، لأن الأصل فيها التصديق دون الالتفات الى المعاني ،

(٣) 'وَيَكُونُ قَدْ وَرَدَ بِهِ أَثَرُ مِنَ الشَّارِعِ كَاشْتِرَاطِ حَيْرٍ شَرْطَ مَدَّةٍ مَعْمُومَةٍ'
 ومن اشتراط حيار مدة معلومة يكون للعاقدة حق الفسخ فيب شرط ليس من
 مقتضى العقد ، وليس مؤكدا لهذا يقتضى ، ولكن ورود الأثر به جعله سائما
 صحيحا

(٤) 'وَمَا يَحْرَى بِهِ عَرَفٌ مَن يَشْرَى سَاعَةً ، وَشَرْطُ عَنِ السَّائِعِ اصْلَاحُ
 مَدَّةٍ مَعْمُومَةٍ ، فَبِذَا الشَّرْطُ صَحِيحٌ ، عِنْدَ الْأَثْمَةِ الثَّلَاثَةِ أَيْ حِسْفَةٍ وَصَاحِبِهِ ، وَقَالَ
 رَفِيعُ بْنُ لُحَيْرٍ قَاسِدٌ ، وَرَأْيُهُ هُوَ الْقِيَاسُ : لِأَنَّهُ رَأَى أَنَّ عَلَى مُقْتَضَى الْعَقْدِ ، وَبِهِ
 مَوْكِدُهُ ، وَفِيهِ مَسْفَعَةٌ لِأَخَذِ الْعَاقِدِينَ ، فَيَكُونُ وَاسِدًا ، وَكَسْرُ رَأْيِ الْأَثْمَةِ الثَّلَاثَةِ
 لَهُ يَجِبُ لِأَحَدٍ ، لِأَسْحَابِهَا : لِأَنَّ الْعَرَفَ مَا يَحْصُلُ الْقِيَاسُ ، وَقَدْ حَرَى
 الْعَرَفُ شَيْئًا هَذَا شَرْطُ فَيْتَرٍ ، وَمَا يَحْرَى بِهِ الْعَرَفُ يُزِيدُهُ شَرْيَهُ مَا لَمْ يَحْرَ
 نَصًا أَوْ أَثَرًا قَدْ وَرَدَ مِنَ الشَّارِعِ الْحَكِيمِ .

بـ لشرط الفسخ بلحق بأصل العقد ، وبتحقيق الوفاء على حسب
 قوة العقد نفسه ، ويصير حراً من مقتضى العقد ، وبذا يشترى شخص ساعه ،
 وشرط إصلاحها ، وسبق ذلك الشرط صار واجب الوفاء ، بحيث يلزم السائغ
 إصلاحها إذا منع ، وهكذا كل أنواع الشروط الصحيحة

(بـ) وشرط ماسد ما كان غير موافق لمقتضى العقد ، ولا مؤكداً ،
 ورد به أثر ، ولا حراً به عرف ، وفيه مسفعة لشخص سواء كان أحد العاقدين أم
 غيره ، مكن سبع سنين ، وشرط نفسه الانقضاء مدة معلومة ، ولكن يبيع داراً ،
 وشرط نفسه سكده مدة معلومة ، ولكن تروح رحلاً على شرط ألا يخرج من
 سكده ، وشرط تفاسد ما اقترن بعقد من عقود المبادلات المالية كبيع والأحبة
 والتسمة أصل العقد ، وإن كان العقد ليس بعقد مبادلة ماله كالمسحاح واهنة والحوالة
 وسكدة والزهر كل العقد صحيحا وشرط لايع ، بمعنى أن العقد لا يؤثر فيه
 الشرط ، ولكن الشرط لا يجب الوفاء به .

وقد أحصى النجاشي عقود المبادلات التي تعده الشروط المفسدة فكانت

هذه عقود عقد البيع، والاحارة، وتقسمة وحلح على من، والمرارة
والساقاة^(١). وما عدا هذه العقود لا يعتبر عقد مبدلة، فلا نفسه شروط
العاسدة، بل يصح العقد بلسي الشرط، ثم تروج على شرط الأمر، أو
تزوج على شرط ألا يرحب من يربأ عنها، يصح سكاح، ويعتبر الشرط كأن
لا يكن، وبحب مهر، مثل في الصورة الأولى، وبدمها اطاعة في الثانية، ولا يعتبر
لاستراط محال من الأحوال ما من حق الزوج في الطاعة، ولا ما من معروف،
وسكن ما علة المساعدة للفقير، لأن نفعوا الشرع مدد مؤثرا في نفع عقود لمادة
فيفسدها، ولا يؤثر في غيرها فلا يفسده؟ ترى عبارات الفقهاء، تختلف في تفسير
ذلك، فمن ثمة من يذكر أن الشرود التي فيها منفعة رائدة على مقتضى العقد
لأحد الطرفين، مبرها من هو من الاستدع مقضية إلى جهالة في عقود عنه أو
في شيء، يماقر «عقود»، وعقود الموصفات بفسدها أية جهالة حشة في موضوعها، أو
في أي وصف يعمى ذلك موضوع، هذا يعني تحرى على أقلام بعض الكتّاب،
وقد صرح - لأن من شرود ما يكن مصيبا بعيد وفيما كاف لا يقتضى إلى
جهالة، ووكانت تميزه تغتفر في عقود الموصفات، ونثبت بدل عن هذا المعين
«كثير كتب في أمته، وعقدوا على تعيينين ذكرتهما هداية «أحده»
أن في اشتراط رائد على مقتضى عقد، جود سقدين في عقد واحد، فمن مع
دارا، واشترط سكناه سه، فكل حر من النش مقلا طده سكي، كما هو
ظاهر حال كل ذلك العقد يبه وإحارة معا، وإن كانت السكي لا بقائه حر
من النش كان اعتد يما وإحارة معا، وقد ورد الأثر «هي عن صفتين في صفة»،
«ثانيهما» أن الأثر قد ورد بأهي عن بيع وشرط. فكل بيع مع شرط رائد
على مقصده مهي عنه، فيفسد اعتد سبب هذا مهي، ويقع على البيع كل

(١) قد ذكرنا بعض كتب من بين العقود في نفسه شروط المساعدة الرجعة والبراءة
وعزل الزوجين وسكن القوم عند انفصال الزوج أو بعد هذه الشروط المساعدة، لأنهم
من عقود الموصفات. (راجع استعراض الجزء السادس من ١٩٣٠ و ١٩٣١ و ١٩٣٢ و ١٩٣٣
الجزء الخامس).

عقود الماوضات : لأنها في معنى البيع . وكل عقد من عقود الماوضات يتصف به في حيزه من بواحيه . ويضاف إلى هذين التعيينين ما جاء في فتح القدير في معنى من أن اشتراط منفعة رائدة على مفتضى العقد راسخ ، وعقود الماوضات تعدها الشروط الربوية ، أما غيرها من العقود فلا يتصور فيها أن (١)

هذه تعديلات انعقاد من الخفية أي ذكرها في بيوت السب في تأثير الشروط الفاسدة وإسقاطها عقود الماوضات ، وهذه تأثيرها في غيرها ، وبحرور يكون قد بين وجهات نظرهم ، وبذلك لا يوافق على مصلحتهم

(ح) والشروط الباطل ، ما ليس موافقاً لمقتضى العقد ، ولا مؤكداً له ، ولم يرد به أثر ، ولم يجر به عرف ، وليس فيه نفع لأحد المتعدي ، ولا عيب من هبه أو من الاتماع ، لكن يمنع سيارة . وسقط على المشتري أن يستعمله إلا في أحوال خاصة ، أو في زمن معين ، وفي الحالة يفقد منفعة من نأى نوع من أنواع التقييد ، فهذا الشرط ليس فيه نفع لأحد من هو أهل الاستعمال ، فيكون باطلاً . وبذلك يأتي ، ولا ينفذ في العقد بعد دونه طلال ، سواء كان العقد عند معاوضة أو كان غير معاوضة (٢)

١٤٩ - هذا تفصيل موجز للشروط وأقسامها ، أثرها في عقود في مذهب في حيزية أصحابها ، وبسكانها عن الشروط وأقسامها عند المالكية . ولما تمتع مدروهم المستقرى استمره مؤكداً ، يرى أنهم يرون أن كل شرط لا يتفق مع ما يشترطونه يحلحه العقد الذي اقترب به يكون معسداً للعقد ، لأن العقد حينئذ لا يتوفى شروط صحته ، فلم تثبت حيزيته الشرعية ، وهذا أصل ، وهذا أصل آخر ، وهو أن كل عقد يملكه أو إباحة سب شرط من شروط التي بشرطها انعقاد ، وإن ذلك الشرط يكون معسداً بعد . أن يملك به العقد الذي بشرطه ، وإن

(١) راجع فتح القدير الجزء الأول من ص ٢١٧ - ٢١٨ ، وراجع في الجزء الثاني ص ٢١٨ ، ٢١٩ .

(٢) راجع في هذا رسالة العقود والشروط لأستاذنا أخص الشيخ أحمد إبراهيم بك .

لم يتعمد له ويبرهن عنه صريح العقد ، وما اشترط^(١) .

وعلى هذين الأصلين قسمو شروط من ثلاثة أقسام (القسم الأول) الشروط التي يشترطها أحد العقاقدين وفيها منفعة له ، وليس فيها مع العقد الثاني من حق أعطاه له الشارع بمقتضى العقد ، كأن شرط المانع نفسه سكنى الدار المسعفة منه سيرة ، هي شهر وقيل سنة . وفي هذه الحالة لم يتبع المشتري في المخالفة من حق اكتسبه بمقتضى بيع ، وعلى ذلك يصح العقد وشرط^(٢)

(القسم الثاني) الشروط التي فيها مع لأحد العقد من حق أعطاه له الشارع بمقتضى العقد من غير أن يكون في الشرط حجة بر ، ومثال ذلك أن يبيع شخص لأخر عيب من لأعمال ، وشرط عنه ألا يبيعها . وفي هذا مع له من حق أعطاه له الشارع ، إذ أعطاه شارع بمقتضى البيع مسكنية معلقة به عليه انتصافات شرعية كلها فيها ، وفي حد حيث انتصافات هو مع من حق اكتسبه من العقد ، فيكون منافيا لمقتضى العقد .

(القسم الثالث) الشروط التي يكون فيه بر كأن يبيع عذر ، ويشترط على المشتري وفيه مسحة نقد فيه الصواب ، وإن كان مسند مشروط فيه التمسك صريح العقد والشرط ، وإن لم يكن المعجل مشروط فيه لم يصح : لا يبرر الذي قد

(١) مع إسناده لمحمد ، وفيه معنى آخر ، سار من ١٢١

(٢) يظهر أن هذا القسم من الشروط لا يكون لازم ، ويجب جوده بالنسبة للأحكام ، من به يكون عنه منسوبة للعقد ، وسكن يبعد البرهنة به ، ولا يجب . وقد جاء في مقدمات أبي رشيد ما نصه « أما شروط نطق في المكاح في أن يعلم من أوجبها ، وروى إسماعيل بن عمار ، روى عن أبي شهاب أنه قال أدرك من أهلنا من يبيع بها ، تقوم رسول الله صلى الله عليه وسلم أحسن شروط . كانوا يهاجروا بها ، وسجلها بها خروج . وإسماعيل بن عوف في ذهب أبي لاسم ، كتبها يبيع الباطل بها » وفي « من شرط أن يخرجوا ، ويشترط في عقد ألا يخرج عيب ، ومحمد صحيح ، وإسماعيل بن عمار ، وأبو داود ، به صحيح . ولقد كان في ذلك من يبيع بها عيب من أن شرط في مكاح شروط ، وقد قال رحمه الله « أثبت على قاصر أن يبيع ما له على شروط ، وألا يتروحا على من البحت وأما منته ، وقد كتب ذلك كذا . وصحبه في ذلك في ، وعنها عبا شديد » راجع المقدمات الجزء الثاني من ٦٠ ، ٥٩ .

يعنى ان التدرج في الرهن اسى يجب فيه اثبات الوقف ، أو غير .

هذا وقد اتفرد الامام مالك من بين الفقهاء برأى في الشروط التي بعد العقد ، وهو ان الشرط الذي يعد اعتد ان لا يتمك به مشروطه ، عقاب العقد صحيح لرواى سب الفساد ، وقد حابه في ذلك جمهور الفقهاء ، ووجهه بطله في ذلك ان الفساد جاء بسب شرط لمعى معقوف فيه معيل ، وهو وجود الشرط السابق لمعى العقد ومقتضاه ، ودارت تلك العقد حتى وجدت الفساد رال معها ١٥٠ . هذه اشارة إلى قسم الشروط عند منتهى ، فما عداها لمعى ،

فتقسم الشروط بتمام حد مع القسم ادى يدكره ، وتقول في مذهب ابى حنيفة وأصحابه ، وقد ذكر ذلك لتقسيم في فتح العزيز على وجه حجة الاسلام انزال رضى الله عنه ، فقد جاء فيه ما خلاصته : « الشرط يتقسم في (١) ما يقتضيه مطلق العقد ، كالمص وحوار الانقضاء ، واد ثجير اعيب في بيع وهذا شرط صحيح لا يغير ذكره ، ولا يفسد العقد اعمه (٢) وما لا يقصده العقد ولكن فيه مصلحة للعقد نفسه ، كشرط زهر ، ثمن مزاج ، وسديم الكفيل به ، وشرط وصف خاص في البيع ، ونحو ذلك ، وهذا شرط صحيح ايضا يجب الوفاء به (٣) شرط ليس في مصلحة العقد ، ويورث عرقه ادى إلى سماع وفه مع مقتضى العقد ادى أقره الشارع الاسلامى ، كشرط فرض مع بيع ، وكشرط ألا يتصرف المشتري في المبيع سماع ونحو ذلك من الشروط التى تؤدي إلى رابع ، أو فيها ما يمنع بعض ما حمله شارع مقتضى العقد ، وهذا النوع من الشروط غير صحيح ، واقتراه لا يفسد (٤) وشرط ليس فيه منع لأحد يستحق الانقضاء ، وهذا شرط لا يغير عقد ، ولا يفسد ، ولا يجب الوفاء به » (١)

وهذا التقسيم يتلاقى في أكثر مواضعه مع تقسيم الخصميه للشروط ، وسكن الشافعية أجروا من الشروط في المبيع ما لم يجره اختلفة ، فأجروا البيع بشرط العتق ، وهم في ذلك يتفقون مع المالكية ، فانه يجزئون ذلك أيضا ، وقد ذهب انه في مسمى ، اد ذكرنا أنهم يقولون ان الشرط ادى يكون رائد على مقتضى

العقد ، وفيه قرية عاجية بصح . ويلزم ، والعنق قرية بلاريب .

١٥١ - هذه هي المذاهب الثلاثة مذهب أبي حنيفة ومالك والشافعي رضي الله عنهم ، وهي ثلاثة جميعها في أنها تعيد باب الشروط بقعود المحتلف اختلاف سيراً في اسمه والصيق ، ولكنهم يتقارب في حتمها ، أما مذهب الإمام أحمد بن حنبل فهو أوسع رحابة . وأخصب حداً بالنسبة للشروط ، وقد ذكرنا ذلك فيما مضى ، إذ سألنا الأصل عند أكثر الخلفاء في الشروط ، جواب إيجاب ، لا ما فاه دليل من شروع على عدم صحته ، ولذلك حكوا بصحة كل شروط ، ولكنهم استثنوا نوعين منها حكوا بفسادها ، لو ردت الأدلة الشرعية بذلك (أحدهما) كل شرط في عقد يتضمن إنشاء عقد جديد ، كأن يبيع عيلاً لامرأة شرط أن تزوجه ، أو يبيع بنتاً شرط أن يعقد عقد صرف في الثمن ، فإن هذه شروط تتضمن عقداً جديداً ، وقد ورد النهي عن صفتين في صفقة (١) ، (ثانيهما) أن يشترط شريك فيه مع التعاقد من الانتفاع بما أنشأه له من حقوق ، كما يقع شرط ألا يهب ويحود ذلك ، وهذه شروط مسددة قيل أنها بعد العقد عند اختلافها . وفي رواية أنها لا تصد ، وقيل أنها المنصوص عن أحمد ، معنى ذلك حكوا لعقد صحيح ، وشرط لا يفسد . وقد ثبت ذلك بسايل شرعي ، وهو مبني على حديث زرارة المشهور انتهى قال فيه حتى صلى الله عليه وسلم « ما نال حال يشترطون شروطاً يمت في كتاب الله » وقد تقدم .

هذه خلاصة المخالفات المتناهية في الشروط ، وإذا لاحظنا ما فيها من قبود في الخلل ، ووجدنا عند ملاحظة هذه القنود إلى القواعد التي ذكرناها في باب حرية التعاقد استبان ، وهي قاعدة احترام ما يجري به عرف ، وقاعدة الاستحصان ، وقاعدة المصالح المرسدة أمكساً أن تأخذ من مذاهب الفقهاء ما يناسبه للشروط . وتأوسط لأثره القنود ، ولا تمنع فيه المصالح التي يراها الناس ، ولا يمنعها الشرع ، والله اعلم خبير

(١) ، ولا حظ أن حديثاً لا يعرف . كان شرط رائد تلي مقتضى عقد ، وفيه مقعة شخص معتقده في صفقة كالحقبة ، من ذلك حسن جواب ذكره عند من في عقد

صيغة لعقد ومقدار اتصالها به ثاره

§ ١٥٢ - صيغة التي يكون بها العقد قد تكون مشتهة له غير مؤجرة لأثره وأحكامه ، بل توجد لأثر مجرد تمهيد ، وقد تكون مشتهة للعقد في الحال ، ولكنها تخرج أحكامه إلى المستقبل ، وقد تكون غير مشتهة للعقد نفسه في الحال ، من شأنها أن تؤثر وجوده في المستقبل ، وعلى ذلك يكون الصيغة ثلاث أحوال - وهي العقد في الأولي محلاً ، وفي الثانية مضاف إلى مستقبل ، وفي الثالثة مضافاً - فاعقد استجر ما كان الصيغة من شأنها أن يفيد وجود العقد وأحكامه في الحال ، أي مجرد تمهيد ، كإتيان السلاح وهو ذلك ، فانهما لا يستندان إلا بصيغ تفيده وجود العقد وأحكامه في الحال .

ب - والمضاف إلى المستقبل ما كان صيغته من وجود العقد في الحال ، ولكن تفيده نتائجها أيضاً تخرج أحكامه إلى المستقبل ، كمن يعقد عقد اجارة دار سكنها على أن يبني ، المبني بعد شهر من وقت العقد ، ومن يقول عبده أنت حر عداً على اعتبار أن العبد قد اشتراه بدينار مبردة ، وعقد في هذه الحال يشترط - ولكن أحكامه كلها تخرج إلى المستقبل ، وهو الرهن الذي يمين فيه ابتداءً بفعل أحكام العقد ، ولذا لا يشترط في الاجارة المضافة إلى زمن مستقبل تعجيل الأخيرة ، لم يفت إلى هذا الشرط لأنه يدمر وبعده اضافة العقد إلى المستقبل ، إذ تلك الاضافة تقتضي ألا يشترط في من أحكام العقد إلا بعد حلول ذلك الرهن الذي أصيب إليه ، وفي اشتراط تعجيل الأخيرة تفيده وتعجيل لأحكامه عن وقتها ، فلا يلتزم إليه .

ولذا يقول محققنا ، أن العقد المضاف إلى مستقبل العقد سمي في الحال ، ولكن السببه لا تعين عليه ، إلا في المستقبل ^(١)

(١) قد يبدو لدى رأي أن صاه العقد كاشتراء حماره ، أو أن يعقد بـ (ف) كالعقد الموقوف ، لأن كليهما مضاف إلى حال ، ويخرج الأحكام إلى المستقبل ، إذ يوجد الموقوف في الأخيرة وفي اشتروا اختياراً موقوفه ، ولكن يبدى بين العقد المضاف وبين العقد الموقوف واشتروا فيه حماراً (أحد) أن تخرج الأحكام في العقد المضاف -

و عقد لمعلق ما كان سبعة ترثم وجود عقد على امر يوجب في
 المستعمل ، لكن يتوهم ان هذا امر من استر ساد صدقت كذا ، وان ثبت ما يدعيه
 ر هيم عني محمد من دين فداء الكمين بأدائه ، وان مع ثمن قطار الفص أو معه
 حبيبات محمد وكيل سبع قضى ، ففي كل هذه صور لم يوجد العقد في احد ، بل
 تعبئة قيد احيل وجوده في المستعمل ، فلا تحب الصدقة إلا بعد حصول إسه
 ساد ، ولا يعقد المكفأة إلا بعد ثبات الدين ، ولا تكون الوكالة إلا اذا بلغ ثمن
 قطار النخل أربعة حبيبات ، وما لم يوجد من هذه الأمور لم يوجد عقد ،
 وعلى ذلك يكون الفرق بين يعنى عند واصدقته ان المستعمل أن يعنى العقد
 يعنى لا يوجد ، حتى يوجد الأمر الذي رتب وجوده عليه ، ثم قل لأمر أنه
 أنت صانع ان دخلت د فله ، فلا ثبت طاقه ، حتى يجد الدخول ، وما
 إضافة عند ان المستعمل يعنى ، وجوده في احد ، ولكن أحكامه هي التي
 فوجد ان المستعمل ، ف عقد مضاف لوجوده بعد لصيغة ، ف العقد لمعلق ولا
 وجد ، ولا يعقد سبباً لأحكامه ، لا بعد وجود الأمر الذي رتب وجوده عليه ؛
 وبما يتوهم ان عقد يعنى قبل وجود الأمر يعنى عنه سبب لأحكامه سبب فقط ،
 وليس سبب فعلى ولا حقيقة ، لأن ثبوتها في رتبة الأحكام لا يكون إلا بعد
 وجود الشرط لمعلق عليه ، ثم مضاف فهو مؤثر في وجود الأحكام والثابت ،
 ولكن يتأخر وجودها في امر من الذي أضيفت إليه

يكون من دانه بعده بقاء العقد ، لا من ثم شرح عدم خلاف العقد مع خيار المرد
 والعقد موقوف ، قال أحد الحكماء من حيث ما ثبت عن خصه ، ولكن من أمر رد
 عدم في خيار شرط ، وإن أم حرج عنها في مع موقوف (بنيهم) ، أن العقد مضاف أحكامه
 لا يمكن أن يثبت في مضاف له حال من الأحوال ، أما بعد ضرورة فيه خيار ،
 أو موقوف ، فإنه بعد خيار شرط أو حرة العقد تكون الأحكام تامة من وقت العقد ،
 معي أنها تثبت مستندة الى وقت العقد وثبته ، أو على حد تصير علماء القبول يكون له أثر
 رجعي ؛ لأن إبطال الشرط يقرر العقد من وقت وجوده بغير سبب معه كل أحكامه ، حسب
 من وقت العقد ، وحرة العقد موقوف كذلك ، أما بعد مضاف أحكامه لا سبب إلا من
 وقت حصول مضاف له ، لأنه لا بد من سبب ثبوتها قبل ذلك ، راجع فيها مائة الأصول
 الجزء الثاني من ١٠١ ١٢

١٥٣ واستغرة بين العقد المطلق والمصاف هي مذهب الحنفية والمالكية ،
أما مذهب الشافعي وأصحابه فلا يفرق بين العقد المطلق والعقد المصاف ،
كلاهما يعتقد سند في أحدهما ، ولكن تأخر الأحكام إلى المستقبل في كليهما عند
الشافعي ، لأنه موجود بمجرد وجود الصفة ، ولم يمتنع أثره فقط في تأخير الأحكام ،
وطهور الآثار واستمرار الآثار ^(١) ، وقد استدل الشافعي وأباه هذا بأمرين
(أحدهما) أن الصفة أي هيبة تعيق على شرط كقول الكفيل إن ثبتت ذمت
محمد على إبراهيم ، فإن كفيلا به ، الموثق للعقد فيه هو إجراء أي إحياء ،
فموجب عقد الكفالة في مثل هذه الحالة : « أنا كفيلا به » هذه عبارة هي بمثابة
عقد الكفالة ، إذ وصفت من غير تعليق لأثبت كفالة في الحال ، ووجود
الشرط بخبرها لا يزيل كونه سند ، ولكنه يحرر الحكم والأثر فقط ، لأن لو
ثبت به من كونه سند ما امتدت كفالة به ذمت ، إذ لو امتدت كانت به
سند يؤثر في الشائب ووجودها فقط ، لأن المصدق - نسبة محمد - من
النسبة ، وذلك لأن ، من المصدق عليه ، بها سبب يفيين عند وجود شرط
المصدق عليه ، وإن قلنا أن شرط لا يزيل النسبة ولا يحرر الأحكام كما
المصدق على الشرط هو ، ذلك لأن ، لأن المصدق قصد قصد المتكلم المسمى .
بالإتزام بذلك القول ، وإذا لم يكن الشرط يزيل نسبه ، بل كونه لا أثر
له ، فلم يبق ، لأنه لا يزيل النسبة ، لكن يحرر الأثر ، وعلى ذلك يكون

(١) وقد بينى على هذا الخلاف في العقد المطلق بين الشافعية والمالكية خلاف في مسائل
منها أن من غلاني على رواج يصح عند أي حيلة ولا يصح عند البعض ، لأن غلاني
بمعنى يوجد في حاله ، ولكن يحرر أثره أي استغرة ، وإذا كان يوجد في حاله فلا بد أن
يكون أبرأ منه به ، وأما كونه روجه ، فعلى ، وأحسبه أن قالوا إن عقد مدني
لا يوجد إلا عند وجود خبره وقوانينه ، على ما يصح ، لأن شرطه انشائية يكون عند الاستعداد
وهو وجود الشرط ، ومنها أنه يجوز الإلتزام الذي أوجبه العقد المعلق قبل وجوده عند
الشافعي ، ولا يجوز عند أصحابه وأصحابه ، وهذا قول شخص لله على ، أن المدعي نكر
أن حج بي في معناه ، يصح أن تصدق من المصدق ، ويجري ، عن الواحد ، وهو مدعي ،
عند الشافعي ، ولا يجزى عند الحنفية .

العقد المعلق معتقدا في الحال ، وحكمه متأخر إلى وقت وجود الشرط (تأنيها) أن
العقد المعلق إذا صدر من صحيح سليم يتقوى ثم حين قبل حصول الشرط ، وحصل
الشرط بعد ذلك وقع الأثر المعلق ، ووجد ، وإذا زال صحيح سليم لقوى روحته
ثبت طلق إن رت فلاة ، ثم حين ، فرائها بعد حيوة وقع طلاق ، وهذا
دين على أن يعتق يعتمد سنا متعبد وجوده ، إذا لم يكن اعتقده متأخرا إلى
وجود لشرط ما اعتقد في هذه صورة ، لأن العاقبة يس أهلا لا يعتد في وقته ،
بأن المحصور يس أهلا لأن صدر عنه العقد وقت حيوة

وقد استدل بحجية الأمرين أيضا^(١) : (أحدهما) أن الجواب من هو
وحد السب في وجود الأحكام إذا اتصل بشرط في الحجة المفيدة للتعلق ، من
بما حرر من هذه الحجة لا بعد وحده الفائدة ، وقد يفيد التركيب كله ، وإذا
قبل سجنه أن ثبت أن كمت لكفيل بأدائه لا يكون عاقبة كمت الكفيل
بأنه هي السب في وجود كفة وحكامها وحدها ، لأن في هذه الحالة
سب حرر من التركيب ، التركيب كله هو الذي يعتد سنا مقصودا مؤدرا
للهي المقصود من محله لأن أخره ، هكذا يقول الأمة بعموها ، وهكذا يقصد
أما كما هو ، فمصر الدلالة على أحد حري الكلام من ثب يتفق مع مقاصد
الحكامين ، لا مع ما عرره المصنفون ، لأن يجب فهم الكلام على أساس أن
أجمة الشرحية كل أحدها متباعدة في الدلالة على معصومها ، مقدمها وتبها في
ذلك سواء واحدة الشريطة في محله بعب وجود الخراء عند وجود الشرط ،
فقد إن وجود اعتد عند وجود الأمر المعلق عليه ، فقتل واحد ذلك الأمر لم
يوجد عقد .

(تأنيها) أنه لا يمكن أن يقال إن عقد واحد متأخر بـ أحكامه ؛ لأن
تأخير الأحكام معناه تأجيلها إلى من تتحقق فيه وتنت ، والحال عند التبعيق
يست كذلك ، إذا اخلع عند المعلق أن الأمر الذي علق العقد عليه قد وجد ،

(١) اعتماد في هذه الأثر وأدعى على كتاب كسب الأثر على أصول فخر
الإسلام الجزء الثاني ص ٥٩٢ وما يليه ، وقد تصرف في توجيهه

وربما لا يوجد ، ففي حال وجوده لا مانع من أن يكون من العقد وحده فن
ذلك ، ولكن تأخرت أحكامه في حين وجود شرط ، ولكن في حال عدم
وجوده ، بل التأكيد من عدم وجوده يستمر لعقد موجودا وحكمه متأخرا ،
والتي هي من مع أنه من المؤكد أنه لا يحصل الأمر المعلق عليه ؟ في مثل
الكفالة السابق ، حيث الدفن يستمر عقد كفالة موجودا وحكمه متأخرا
في غير زمن ، وفي غير مكان ، وإن قلنا أن العقد قد نص في إحدى نظريته ، وما
أدى منه معنى لشيء التي ثبتت لا يخص من هذا ، بل أن نقول إن عدم
تحقق لشرط أن وجود عقد ، وما عهد في قصص العتق ، وبداية العكس
عدم شيء يربط شيئا موجودا بمحض ، لأنه لا دا كان ذلك موجود قد سقط
وجوده وعدمه بوجود ذلك شيء ، معصوم ، حيث يؤدي حتى في أن نقول إن
وجود شرط هو المانع في وجود العقد ، وذلك ما لا يقوله شافعي وأصحابه ،
لأنهم يرضون بمقد موجودا قبل وجود الشيء ، المعلق عليه

§ ١٥٢ ويست كل العقود تكون بهذه هذه السبع أختها ، من
بعضها يصح انعقاده كل هذه أصح ، وبعضها لا يعتقد ، لا صيغة خاصة من ،
وسد كفي كل صيغة ما يعتقد من العقود ، مما لا يعتقد ، وأساس الخوا
معها

ما صيغة التخيير ، وهي أمر صانع عند محولا : لأن الأصل أن من يريد
نعاقده يقصد في وجود العقد وأحكامه في حال ، ولا يعتمد في تأخير أحد ، إلا
مائة قد تنفق مع مقتضى العقد الذي هو صدور أشائه ، وربما لا تنفق ، حيث
كانت العقود كلها تصح محررة ، ما عدا عشرين : لأنها في بعضها ومقتضاها
لا يكون محررين ، وهذا عند الوصية وعند الأيضاء^(١) ، فمضى هذين المقدمتين
لا ينفق مع تمحيرة : من أحكامهما لا يمكن أن تكون إلا من بعد ابوة

(١) الوصية عليك مضاف الى ما بيد الموت ، والأيضاء إقامة الأث وصيا على أولاده
من بعد وفاته ، أو إقامة الجدة وصيا على أحفاده من بعد وده

وبذلك لا قبال للتمجيد أصلاً ، ويعتمد من العقود يصبح أن يكون محرراً من غير أي استثناء .

§ ١٥٥ أم الإضافة ، فحقود تنقسم خمسة لاعتقادها معها وعدم اعتقادها إلى ثلاثة أقسام :

١ - عقود لا تكون إلا مضافة ، وهي عقود نوصية الإضافة ، فإن هذه العقود لا تكون إلا مضافة إلى ما بعد موت ، ولا يمكن أن تكون أحكاماً بحال من الأحوال متعصبه بالنسبة ، وقد يبدى ذلك ، غير أنها أحدها تكون مع الإضافة معلقة على شرط وقد تكون غير معلقة ، وبهذا معلقة شرط أن يكون شخص أو حكمه في ملكية هذه المار فهي وصية بعد موتي فلان ، وفي هذه الحال ، تكون الوصية معلقة على شرط ، وإذا تحقق ذلك الشرط ، ووجد العقد يفتقري ذلك التحقق تأخر الأحكام إلى ما بعد موت ، وتكون مضافة إليه .

ب - عقود لا تنعقد بصيغتها مضافة ، وهي العقود التي تفيد تملك الأعيان في الحال ، وعند الرواج : وذلك لأن هذه العقود يمكن أن تكون آثاراً ، أحكاماً متعصبه بالنسبة ، مما يمكن ذلك فلا بد أن تكون مضافة مبدئية ، لأن تأخير الأحكام عن صحتها الممنوعة مضافة ، وإبقاء من غير عمل مدة من الزمان ، وذلك لا يجوز ، مما دام يمكن أن يحصل الحكم ، فعند وحب أن ينصل به ، ولأن هذه عقود وضعت شريعة لأفادتها الخيرية وما شبه في الحال ، وإذا كانت الصيغة غير مؤدية لذلك في الحال كانت غير محققة هذا ، فينص ، فلا تدل على العقد ، فلا ينفقد العقد بها .

ج - عقود يصبح أن تكون محررة ، ويصبح أن تكون مضافة إلى المستقبل ، وهي عقود التملكيات التي لا يمكن تختم مقتضياتها متصلة بصيغتها كالأجرة ، والأجرة ، ورعاية ونسابة ، فهي لتثبت لمفعول ، وبما لا تملك دفعه واحدة ، بل يحقق ساعه مضافة ، فلا يوجد من لمنفعة أو مود عليها كغير متعصبه بالعقد ، وإذا كان مقتضى هذه عقود كعدم ، وأنه لا يمكن انقضاء

صحة إنشاءها صحت مضافة الى المستثنى ، ومن هذا القسم الذى أصبح معبرا ومضافا الى المستثنى عقود الاستقطاعات كاعتق واحتج ، وانطلاق شكل عام ، والاضافات ^(١) كالوكالة وقصود ، والأدارة ، لادن فى التصرة ، وعقود الالتزامات بما يمكن لاربا ككسبة واحوة ، فهما يفيدان لاربا فى معنى انزعج م يمكن لاربا ، وصحت اضافة هذه العقود جميعها - لأن مقتضاها لا يوجد عقب انشائها كاملا .

§ ١٥٦ هذه هى أقسام العقود بنسبة لامدادها مضافة الى المستثنى . عدم المقتضى . والعقود بنسبة يعمق تنقسم الى ثلاثة :

١ عقود لا يقبل التعليق مضاف ، وهى تشمل كل العقود التى تقدر بتثبت سواء كانت عقود معجزة ، عقود مدع ، وسواء كانت لتلخيص المصلحة ثم تليث الرقعة كما ضمن عقود الزواج والخلع والرهن ^(٢) .

وقد عطل فيها الحجة عدم قبول هذه العقود للتعليل بأن التعليق قرار ، لأنه حرب وجود يعتمد على أمر غير معهود فى الحال ، وبسببه يحصل الوجود فى المستقبل ، فكان إنشاء العقد يعنى احتياجا غير ، فحتم الوجود ويحتمى انعدم ، كالأمر بموقف على ما يكسب عنه مستثنى ، فمن أن جاء من من اسر سائب ، فقد وهنت بكندا ، فقد جعل الحجة فيه بوجود والعدم على حسب ما يكسب عنه المستثنى ، وهو يثبت وقت العقد ، وبسبب هذا الإلزام ، ومن كانت تدث العقود بانه إنشاء وكونها ، انتهى بعد الالتزام لحقوق وإنشاء أملاك تعقد مع القرار .

(١) وهى الاموال التى يمكن من غير قيد كان للشخص ، وهذه العقود هى لأمره ولوكالة والقضاء ، وكلها يمكن من تصرف كالمجموع .

(٢) ونسب لا يصح بعبارة بعد العقد ، وهى مقبولة الاصل ، كمنه الوكيل ، واخذ على الأول فى من من وقد اثنى عليه أيضا على أنه لا يجوز عبثه الاراء مع أنه فى صهره يستد ، ولكن على هذه مدعى بأنه تدث تد من من عنه تد فى من فهو تد فى من من بعيد من من العقود .

وعلى ذلك فهناك كفاية كفاية ان العروق من انتقال لأملأ، عتد على
الرضا بالعمد والبرهانه، ومع التعليق على أمر غير موجود في الحد، لا يتحقق الرضا
باعتد، وآثاره وأحكامه، ألا ترى أنه ترك الأمر إلى المستقل وما يمكنه، في
يعتد بذلك رضا أمر مستقر، ومن سبدا يتحقق الأملأ، وتثبت
الحقوق (١).

ب عقود لا تقبل التعليق بكل الشروط، وسكها قبلها بشرط
المتعارف واشترط الملائم، وهي عقود كعده واحواله ولاصلافت كل لادن
للصلى بالحد؛ هذه العقود بعقد مع العسق ب كل الشرط المتعلق عليه
متمم، أو كان ملائم مقتضى العمد، من كان به من ذلك المقتضى، ويوثقه أو
منه ويثبه ما له يحكمه غير مسافر معه وقد سبر بعض الفقهاء اشترط الملائم
بدي يصح التعليق عليه بأنه (١) ما كان شرعاً بروه الحق نحو قوله ب استحق
المسح فأه انكسر بالثمن (٢) أو كان شرعاً لا مكان، لا سيما، مثل إن قدم ربه
وأن يؤد فعلى ما عليه من الدين (٣) أو شرعاً بعهده أو سبده من الأصلى
في الكفالة أو الحولة، كأن عاب ربه بدين عن المصير، أو فقس، أو عجز عن
أداء الدين، فإن كعمل بدين، أو فقس على، في هذه صور ثلاث يكون
اشترط ملائم مقتضى العمد، مناسب، متفق أو مع، وبمعرض مقتضى منه
أما تعليق هذه العقود بشرط غير ثلاثة وغير متعارف ولا يصح، كان
نحو أبى في الامتناع فإن كعمل بدين، فلا يعتد بعقد الكفالة، لأنه

(١) وهذا من قوله في قوله لا يصح، في معنى بشرط من بعد إلى قدم ربه
بعد مذك أو آخر ذلك، سب أن يتفق لأملأ بعهده، وأما أن يكون مع الحرم
ولا حرم مع التعليق، من شأن التعليق أنه أن يكون حيث يتصرف بعهده حصصاً، وقد يكون
معامه الحصص، كعقدوم حاد وحصصاً، ربع، وسكن الآخر في ذلك حسن الشرط، دون
أنواعه وأفرده، فم عقد معنى العمد دون حصصه، لأنواع والآراء، لا تصرف قبل -
راجع الجزء الأول من العروق ص ٣٢٩. وبالأخذ أن مدف مال رضى الله عنه غير
المتعلق في التبعات. راجع (مقالة شروط ومقود لأسدنا الشيخ محمد راجع لك) وترى
أن بعض العروق المذكور مقتضى العموم في كل أساس يقال ذلك بالحق.

لأصالة بين الشرط المعق عليه ومقتضى المعق

والتعميل واضح في عدم حجاز تعليق هذه العقود بشروط غير ملائمة .
لأن الأصل في العقود على العموم أن تكون بعبارات جازمة لا تردد فيها ، لأنها
تقوم على إرضاء ، وإرضاء لا يكون إلا مع الجزم وإيقين ، ولأن التعميق يحتمل
بعض عبارات غير مشقة للعقد في الحال ، والأصل في عقود أن تكون بعبارات تدل
على الإثبات ، في الحال ، وقد يبدى ذلك عند الكلام على الأمانات في العقود ، ولكن
شرط ملائمة في هذه عقود لما كان يتفق مع مقصود العقد ، وبأسسه ويتلاقى
معه حاز على طريق الاستثناء .

ح عقود يصبح تعيينها لكل شرط ، سواء أكان ملائماً لمعاهد ثم غير ملائماً ، وسواء أكان متعارفاً ، غير متعارف ، وذلك ضمن عقد الوصية والايضاء ، وعند اوكله ، فان هذه العقود يصبح تعيينها لكل شرط ، وفي كل الأحوال من غير قيد ولا شرط ، أما اوكله فلا يجب عقد غير لازم ، والمقد غير لازم لا يجعل ممكن واحد من ماقدين قبل الآخر حقوق لازمة مستمرة ، فبيع طبعا عقده مكررات غير حاشية فوضعة كالمسرة منه ، شرط ، وادوية والايضاء عقداً تآخر حكمهما عن صفتهما ، ولا يمكن إلا أن تكون لاحكامه متراحية عن صفتهما ، وهو أبعد عقداً غير لازم ، حيث يجب مع بسطة بعثة ، لأنه (تأخر مقصد من شرطه حيث تنطبق)

محل العقد

١٥٧٨ . تكلمنا في معنى في الشئ عقد ، ومكوناته الخمسة ، وما وضعه الشارع له من خواص حتى يسبح آثارها ، ونشر ثمراتها ، فتكلم في ارض ، وما يضعه الفقه الاسلامي فيه ، وتكلم في عبارات المدة على العقود ودلائل على حكمه لنفس ، ثم على حرية التعاقد في بعض ما يرد من عقود وشروط ، وسبقنا القول في ذلك فتقارروا ما ينبغي به منه ، وتقدر ما واثبت ملائمتها بموضع ، والآن نقول ان العقود عسرة ، وهو سبب العقد ، هو ما هو مشعر لخصائص التعاقد ، وهو حرية من العقد ، ومقصده احسن

قد اتفق فقهاء المسلمين على تعيينين يجب توافرها في العقود عليه ، فاولها : ثبوتها ، بوجد العقد ، ولم يكن ، حذاه ان يكون العقود عليه فاما حكم العقد ومقصده ، وثبوتها ، كما هو حيا من كل غرض ياتى الى الشارع ، ويعنى الى خلاف ، في معنى الى حيز احدها ، فليس ، بحيث لا يكون على العقود عليه على وجه صحيح ، وقد تحقق لفهمه على هذين الاصلين : وكما احدثوا في تفسيرها ، واشتمت آثارهم في مدى ما دخل في عمومها من حرثات ومسكاتها على الاصلين من غير انفس مواضع الخلاف ، لا قبلا ، فان للمفسرين موضعه في كل عقد ، ونحن هنا نكلم على انواع المدة من غير انهم في التفصيلات .

فاما لاصل الاول ، وهو ان يكون العقود عليه صالحة لحكم العقد ، فمعناه ان يكون العقود عليه يمكن تصديق منتضى عقد عسرة ، ويصح لاستيفائه منه ، وعلى ذلك لا يعتد بيع مسجدة ، لان البيع يقتضي نقل الملكية من مالك الى مالك ، فيقتل بيع من ملك لبايع الى مشتري ، والمصدر لهم يكن اولي ملك يبيع ، اذ هو على حكم ملك الله سبحانه وتعالى ، وثانيا هو مرصود على حال خاصة تشبه حال المرصود بمواضع عسرة او هو من هذا النوع من الاموال ، فلا يقلل تمثيل مدام على هذه المدة ، وهي صفة لازمة له لا تنقص عنه عند لا كثيرين

من الفقهاء ، كما لا يمتد بيع إذا كان لمبيع مالا غير منقود ، وكان أحد العاقدين مسلما لعدم قبوله غير لمنقود لحكم البيع بن عين مسماة به ، وكان الدافع أو مشتري مسلما ، لأنه إذا كان البائع هو مسلم ثلثيته مال غير المنقود غير محترمة ، ولا يقرها الشارع ، فلا تنقل منه إلى غيره ، وإذا كان مشتري هو مسلم لا يدخل في ملكيته ذلك النوع من الأموال ، وفي الخدين لا أصل ذلك النوع من مال حكم العقد بين مسلمين أو إذا كان أحدهما مسلما ، هذه صلاحيته حيث لا تنقله من مالك إلى مالك ، وعدم احترام شرح ثلثيته

ومثل ذلك عقد الأجرة إذا كانت منفعة مفقودة عنها لا يبيح الشارع ولا عقد الأجرة براكات منفعة المفقود عليه نواح ثلثة مثلا ، لأن ذلك النوع من مبيع لم يبيح شرح الإسلامى ، ولا يمتد العقد عنها ، لأنها غير قنينة لحكم عقد الحاجة ، وهذه لأسباب المبيع حتى هي موضوعه ، فإذا كانت محرمة ، لا يمكن استبعادها ، لا تكون قنينة لحكمه ، فلا يبيح العقد عنه

ومن هذا الأصل عدم العقد الكفاية إذا كان ليس غير قوى ، بأن كان يسقط بالأداء والإبراء وغيره ، وذلك لأن مقتضى عقد الكفاية أن يطالب الكفيل بالأداء ، ولا تسقط المطالبة عنه إلا إذا أدى ، أو أنه سائق أو أدى الأصل أو يرى من الدين ، فإذا كان الدين يسقط بغير إبراء أو الإبراء كقص مدة معينة أو الشور أو الصلاح لم يكن قابلا لحكم الكفاية ، وهو مبني على كفايل حتى يؤدي أو ينزل دمه ، أدى هذه الخلل حور ألا يصاب ، مع أن أحدا لم يؤدوه يرى الدائن ذمة أحد .

وإذا يصدق عليه هذا الأصل عدم صحة إنكاح إذا كانت امرأة روحه شخص أو معتدة لم تنقض عنها : لأنه في هذه الحالة لا يمكن تحقيق مقتضى هذا العقد ، إذ موضوع هذا العقد إيجاد حياة بين الرجل والمرأة تقوم على عشرة لحسة ، وامودة وسكن النفس ، وتسايل المربية وتعودها بالرعاية سنت ما حسا ، وذلك كله يقتضى التوافق من الأرواح فإذا كانت المرأة لا تزال مشغولة

بزيعة صابقة أو تكون هناك روحية قائمه فلا يكون محل عدد وبلا حكمه
العقد : لان مقتضى هذا العقد اباحة تلك الحياة ، وذا كانت مشعولة بأمر الشارع ،
فلا تتحقق الاماحة ، حتى يخرج من الأرواح .

١٥٨٨ وقد مرض أكثر الفقهاء أن المعلوم لا يصح أن يكون محلاً
للعقد ، لأنه لا يقبل أحكام أى عقد . لأن الأحكام والآثار أوصاف شرعية
تقدرها شارع في محل موجود ، اذا لمعلوم لا يقبل أوصاف ذاتية وحدوية ،
فلا ملكية سواء كانت ملكية عين أم ملكية منعه معى من المعاني يقتضى
شيئاً موجوداً مستقراً ثباتاً يقوم به : وعلى هذا الأساس المنطوق به أن حقيقة
والمعنى من عقد ، الحكم بعدم صلاحية المعلوم لأن يكون محلاً للعقد ، سواء
كان معلوماً من قريب الموجود ، ثم كان معلوماً قريب الوقوع على حصر
الموجود والاحتمال . غير أنهم ما حكموا ذلك الحكم معتمدين على هذا الفرض حتى
وحدوا عقوداً كثيرة قد وردت الآثار من الأربع فصحت مع أن محله في ذاته
معلوم وقت العقد ، وحدوا لشرع قد أقر عند الاحارة مع أن منعه وهي محل
لعقد غير موحدة وقت العقد ، وأقر عند الشرع مع أن محل العقد ، وهو مبيع غير
موجود وقت العقد ، والاستصناع مع أن المصنوع ، وهو محل العقد غير موجود
وقت العقد ، وهكذا كثير من عقود ، فحكموا بأن هذه العقود غير قياسية ،
وسكتها عقود استثنائية ، أو على حد تعبير القويين عقود استثنائية ، ولكن
ذلك لقول لا يستقيم لأن الاستثناء لا يكون بهذا القدر من العدد ، والاستحسان
لا يكون على هذا النحو . من الأولى تعدل الفرض ، والبصر في هذا الحكم ،
وهو أن المعلوم لا يصح محل عقد - نصرة فحصة كاشعة . وتخصيص بمومه
يتسع لعدد من العقود أكثر مما وسع (١) .

ولقد كان مذهب مالك أقنئتمسكاً بشرعية وجود عقود عليه : ينعقد

(١) بالمرحوم حصص قضية عدم صلاحية المعلوم لأن يكون محلاً للعقد معقود لما ثبت من
بعض القيس في المجلس لعقد صرف ، وعدد هذه سكات القاعدة مستثنية لا يستثنى منها
عند أي حجية وأحكام .

عقد ، فأجر العقد على معصوم سيوجد إذا كان العقد عند بيع كالتوقف والطمنة ، ولا يجر العقد إلا على موجود في عقود الموصحات ، وه كان سيوجد ، لأن ذلك يؤدي إلى الضرر والتفر في عقود الموصحات ، بل لا يؤدي إلى ذلك في عقود التبرعات ؛ لأن متبرع غير مد به ، وما عليه من سبيل ، ففقد منه التبرع بالموجود والمعصوم الذي سيوجد ، ويكون هذا ، ذلك منه سائمين ^(١) .

١٥٩ — ويرى أن قيمة أن المعصوم من حيث هو معصوم يصح محلاً للعقد كلها ، وادع عرض في عدم إحلاله ، فليس ذلك لأنه معصوم ، بل لأن فيه عراً وحالة نص في رابع أو ثلث ، وثالث يقول ، أن المعصوم في ذاته يصح أن يكون محلاً للبيع مع إيقاق مالك وفي حقيقته على عدم صلاحه في جهة وهو يقول في ذلك : « ليس في كتاب الله ، ولا سنة رسوله ، بل ولا عن أحد من الصحابة أن بيع المعصوم لا يجوز ، لا بعتاً عام ، ولا بعتاً عام ، وإنما فيه إسهى عن بيع بعض الأشياء التي هي معصومة كما هي هي عن بيع الأشياء التي هي موجودة ، وليس هذا في أصله لا يوجد ولا هذه ، بل الذي سب في صحيح عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه سبي عن بيع العرق ، والعرق لا يقدر على تسليمه ، سواء كان موجوداً أم معصوماً كالحمد الألق وغيره ، ونحو ذلك مما لا يقدر على تسليمه ، بل قد يخص وربما لا يحدد ، وهو عرق لا يجوز بيعه ، وإن كان موجوداً ؛ فإن موجب بيع نسيم مبيع ، وإن لم يجر عنه ، واشترى ثياباً شترية مخطرة ومدمرة ، وإن تمكنه حده كان المشتري قد قرر المانع ، وإن لم يتمكن حده كان سائماً قد قرر مشتري ، وهكذا المعصوم الذي هو عرق ، سبي عن بيعه ككونه عراً لا ككونه معصوماً ، كما ذاع ما يحسن هذا الحيوان وما يحسن هذا النسيان ، فقد يحسن وربما لا يحسن ، وإذا حمل في حمل لا يعرف قدره ولا وضعه ، فهذا من لئال وهو من المنسر الذي سبي منه عنه ، ومثل هذا كراء

(١) راجع رسالة الشروع وتعدد ، لأسعد ، الكبير شرح محمد راجع ذلك .

دواب لا تقدر على تسميتها أو غفارا لا تمكنه تسميته ، بل قد يحصل ورعاً لا يحصل^(١) »

وترى من هذا أن ابن تيمية يرى أن المعلوم يصلح محلاً للعقد ، بل يصلح محلاً لكل عقد حتى عند البيع ، ويرى أنه إذا كانت قد وردت الآثار بعدم حوار بيع أنواع من المعلوم فبيست ائمة في ذلك كونه معلوماً ، بل ائمة كونه فيه عرر وحبالة تؤدي إلى عرر ، فالمعلوم أنى لا يصلح محلاً لبعض العقود في داخل باب العرر بل لا يصلح معه العقود .

§ ١٦٠ وسبق أن الأصل الثاني انتهى بجمع وجوده صلاحية الشيء ، لأن يكون محلاً للعقد ، وهو العرر ، ومعه أن يكون في العقود عليه حبالة بحيث يصح تسميته ، أو يكون العقود عليه مائة دأين حين يتحقق في أحدها تعيينه ، وفي الأخرى لا يتحقق . فيكون غير معين كالمعد على الحقن اشارة في صحراء — عقد بيع ، فإنه يمكن العثور عليه فيستحق وجوده ، ويحتمل ألا يضر عليه ، فلا يتحقق وجوده فيكون ثمة عرر ، فالمرر يرجع إلى الحبالة أو حبالة العقود عنه وأوصافه ، أو حبالة حاله من الوجود أو عدمه .

وقد كان في العقود عليه عرر من أي نوع كانت الحبالة لم يصلح أن يكون موضع عقد ، وذلك أصل متفق عليه تصفر الآثار ، متى عن العرر ، وعن بيع وعرر ، ولأن الجهالة في العقود عنه مضي أو براء بحث لا يمكن الاتفاق ، ولأن العقود إذا احتمل حين ، ولم يستثنى أحدها ، عند انعقد كان ذلك مقاراً وميسراً ، فمن باع محلاً شارباً كان مقصراً ، لأنه إما أن يحسر أن عثر المشتري على الجمل ، أو قد باعه بقل من ثمنه موحوداً في بده وقت العقد ، وإن لم يضر المشتري عليه كسب ؛ لأنه أخذ مالا في نصير شيء ثبت به غير موحود ، وكذلك الحال بالنسبة للمشتري .

والجبال في العقود عليه فليس . جهالة فاحشة لا تعتقر ، ولا يصح معها العقد ، وجهالة يسيرة يعتمد معها العقد ، جهالة النوع كأن يقول بعتك حيوان من غير أن يبين نوعه فهو من الجهل أم الشاء — جهالة فاحشة لا يعتمد معها العقد ، أما جهالة الوصف من نحو جيد أو ردي . كأن يبيع ثيابين نوعه ولم يبين وصفه ، جهالة يسيرة يعتمد معها العقد .

وفي كون الجهالة يسيرة أم فاحشة يخبرنا تسارع الفقهاء مثلاً إذا ما شعصاب وكان محل لبيع واحد من ثلاثة أشياء ، يخارجه المشتري من بينها على أن يكون ذلك في مدة معنومة ، فمضى المثلث ، اعتبر ذلك جهالة فاحشة في العقد عليه ، فلم يعتمد العقد في نظره ، وبعضهم اعتبر هذه الجهالة يسيرة بخلاف العقد ووجب على المشتري أن يختار أحد هذه الأشياء الثلاثة ^(١) .

١٦١ ولم يكن اختلاف الفقهاء فقط في نوع الجهالة فهي فاحشة أم يسيرة ، بل اتسع أفق الخلاف إلى أكثر من ذلك ، فمن أبو حنيفة والشافعي إلى كل العقد لا يصح مع جهالة الموقوف جهالة فاحشة . أما مالك فقد قال إن بعض العقود تصح مع جهالة العقد عليه جهالة فاحشة ، وبعضها لا يصح ، وقسم عقود إلى ثلاثة أقسام :

(١) اسم الأول المعاوضات الصرفة التي من شأنها أن تصدق بها تلبية المثل كالمبيع ، والشراء ، والاحارة ، السلم ، وغير ذلك من عقود المعاوضات ، والجهالة الفاحشة في العقود عليه فيها تطل العقد ، وذلك لأن هذه العقود تجري فيها المكسات ، فلا بد من تعيين للعقد عليه تعيين يثنى معه كل ربيع ، أو ما يؤدي إليه ، ولأنه إذا لم يكن العقد عليه محقق أو حود معلوماً بأحوال يعرف له كمال أحد العاقلين قد يدل مالا ، بقصد أن يدل عوضاً ، ومع ذلك لم يعرف العوض ، ولم يوثق من حاله ، فلم يكن ذلك عدلاً ومساواة ، بل يكون ميسراً وقماراً

(١) راجع هديب النورون الجزء الأول ص ١٧٠ .

(٢) القسم الذي عقود هي احسان صرف ، لا يقصد به تسه المال كالمصدقه واهية ، والاراء ، وهي صحيح بالمعلوم واعمول ، والمحقق الوجود وغير المحقق ، وذلك لأن الشارع حث على الاحسان فتوسع فيه بكل الطرق معلوما ومحموها يسيرا لمجسسين ، وتكتيرا لاحسن ، ولأنه لا صدد يقع على انعقد الآخر ؛ لأنه لا بدل شيئا ، فمن يوجب له حق شدد إن عثر عليه فقد مال حيرا كثيرا ، وان لم يثر عليه لم يحصل له صر ؛ لأنه لا بدل قللا ولا كثيرا ، ولا شيء في ذلك يؤدي إلى المثابة والحلاف ، لأنه م على المحسن من سبيل ، ويتوب صاحب الامر في ذلك ، « وهذا بقة جميل ، ثم ان الأحاديث لا يرد فيها ما يعم هذه الأقسام ، حتى نقول ، يلاءمه بحجة بصوص صاحب الشرع ؛ بل انما ورد في مع ونحوه » ، تقتصر عنه وعلى ما يشبه وهو عقود المعاوضات .

(٣) القسم ثلاث تصرفات م يكن المال فيها حرة مجرى المعاوضات اعم به ولا مجرى ليس صرف ، كالمير في الكساح ، فلما فيه يس مقصودا ، م مقصود منه المودة والأمة والسكون ، ومن هذه الجهة يكون المال كاملا وصحيح التسمية مع الجهة ، ومن جهة أن صاحب الشرع اشترط المال بقوله تعالى . « ان تنعوا نموكم محضين غير مساعين » يكون كاهوص فيتمضي هذا عدم صحة التسمية مع الجهالة والغرر ، فلو جود الشبهين توسط مالم رضى الله عنه وجوز بعض مر . كقسمه حيوان وبيان حله من غير بيان وضعه وتحمل على وسط ولا يخرج امر الذي لا صرط له ^(١) ، ولا وسط له يمكن الاعتماد عليه من امير الشارح واحد الآق ، لأنه لا صرط يمكن الاعتماد عليه ، وبه يرول الغرر .

(١) المعروف للقر في اخر . لأول من ١٥٠ ، ١٥١ . بهدي مروق للشح محمد علي . الأول من ١٧٠ ، ١٧١ .

العاقد

§ ١٦٢ — كلام مافدين هو ركز لعقد المكوث ، ، وهي انشئان للعقد ، والشرع يرتب عليه آثار ، على حد ما ينافي معنى ، ومن الناس من يعتبر كلامه لمؤا في العقود ، فلا ينفذه ، ومن الناس من يكون كلامه أثر محدود في مكوث بعض عقود ، وهو مقيد بإرادة غيره . ومن الناس من يكون كلامه مطلق الأثر في مكوث العقد ، لا تقيده إرادة غيره ، ولا تتعلق عقوده عليه .
 و من اختلاف أحوال الناس ذلك الاختلاف يقوم على توافر عنصرين ، وعدم توافرها ، وهما الأهلية ، والولاية . ونحكم على كل واحد منهما بكلمة تحلى معه . وسين أقمه ، وتوضح أحكامه مع الأيجر .

الأهلية

§ ١٦٣ — الأهلية معناها في الشريعة صلاحية الشخص للأمر والالتزام . بمعنى أن يكون الشخص صالحاً لأن يبرمه حقوق غيره ، ويثبت له حقوق من غيره ، وصالح لأن يبرمه بهذه الحقوق ، فإذا صار شخص أهلاً ثبوت الحقوق المشروعة له ، وثبوت الحقوق المشروعة عليه ، وأهلاً لأن يبرم لحقوق شيء .
 أمسيها القوية ويوحدها ، كانت عنده لأهنية بغيرها ، أو كان عنده ما يسمى في عرف الفقه أهلية الأداء .

وإذا كان أهلاً لأن تثبت الحقوق المشروعة له وعليه فقط ، من غير أن تكون أهلاً لأن شيء ، حقوقاً و لغيرها ، وصورة أخرى من غير أن تكون أهلاً بمعاملة بين الناس ، كان عنده جزء من الأهلية ، ويسمى ذلك أهلية الوجوب ؛ أهلية الوجوب إذن هي صلاحية الشخص لأن تثبت له أو عليه الحقوق المشروعة ، وأهلية الأداء تنصص فوق ما تنصص صلاحية الشخص العامة واستعمال الحقوق الناتجة له والتصرف فيها ، فلا شك أن أهلية الأداء لا تثبت من غير أهلية الوجوب ؛ إذ هي من لوازمها ، فلا يكون الشخص صالحاً بمعاملة وإنشأ أساليب الالتزامات ، وأسبب الحقوق ، إلا إذا كانت قد تثبت له الصلاحية

لثبوت الحقوق ، مشروعة له أو عليه ، ذهنية الأداء يدخل في صميم الطريق
مضمون أهلية الوجوب . فلا تثبت أهلية الأداء لشخص من غير أن تثبت له
أهلية الوجوب . وقد تثبت أهلية الوجوب من غير أن تثبت أهلية الأداء ^(١) .

§ ١٦٤ . وعلة أهلية الوجوب التي يستحق وجودها وتنتفي بعدمها ، هي
وجود الأسان ، فالأسان بمجرد وجوده تتحقق له أهلية وجوب كاملة أو ناقصة
سواء كان له أصل صحيح ، وسواء كان رشداً أو غير رشيد . وسواء أكل
ذكر أم أنثى ، وسواء أكل حر أم عبد ^(٢) . وبين تلك الأهلية تستمر له إلى
الموت ، وتقوم بعض الفناء ، بغير نسبه إلى شيء ، ذي عنه ديونه بعد الوفاة .
وتتعرض لكثرة منتهى أمر اعتبارية تتولد عنها ، تتحقق به تلك الأهلية :
وبمثلها بغير تباين ، ويكون محللاً لثبوت الالتزامات ، فبعدمه من تقدير
اعتباري ، فرص موجودا يكون محللاً لثبوت الالتزامات ، تشكيلات ،
وبعد عامة إلى أنه يقتدر وجودها يكون الأساس صاحب الأداء والالتزام .
وبين ذلك تأخر عرب في قضاة الشرح والصعود ، فكثير من الأمور الشرعية

١ . على ذلك كقول ملاه : عنه بين أنه : حدث وأه : لأداء : عنه : وجوب
الطلاق : كالأهلية بين وجوب ودان : لأن لأمر : بين : بانه أهلية الوجوب يدخل في
مضمون من تثبت له الأهلية الأداء . وكما من عدم أهلية الأداء عنه أهلية الوجوب ، ولا عكس ،
فهو الوجوب أهم من : وجوده من عدمه أهلية الوجوب ، وليس عنه أهلية الأداء ،
ولا يوجد من عدمه أهلية الأداء ، وليس عنه أهلية الوجوب

٢ . ملاحظ عري : كتاب طه المقدم : راجع : ذكر : أسهوي : مث (مع
دفعه) : ساجد : في : بعض : في : أهلية : في : مقتضى (أحدهما) : أنه : في : سورة : رقم : ٣١٧ عرف
أهله : الوجوب : من : عدمه : ذكر : أهله : في : بعض : لأن : يكون : حقوق : ولم : ذكر : العبد
الآخر . وهو : صلاحية : لأن : يكون : عنه : حقوق : وذلك : نفس : ولقد : ذكر : أهلية : كظم : لأهله
الوجوب : من : هذا : النفس : مع : أنه : من : في : سورة : ٣١٨ : مع : من : أصوب : مقفه : وعريف : حتى
رغول : باشا : وصاحبها : أمم : وليس : فيها : من : (الآية) : أنه : أنت : من : من
أهله : الوجوب : في : العبد : من : في : عرفت : في : مع : أن : من : ربه : الأسارية : من : له : بين : نقي :
تقع : رفق : و : رفق : فيها : مع : أهله : الوجوب : أنه : أن : مع : روح : بدن : سده : ويطلق : وأن : حتى
أصل : من : وأن : أص : من : وبسبب : التدبير : وتوجد : من : كس : كان : كسود : ويتبع : في :
م : لكن : كسود : وهذا : كله : لا : يكون : لا : إذا : كان : عنه : أهله : وجوب : وأن : م : لكن : كالأهلية : المر .

والقانونية أمور تقديرية فرض الشارع وجودها ، فملك في الأشياء المستوفكة ليس
أمرأ محسوباً وموجوداً حقيقياً . ولكنه شيء معروض مقدر ، وكذلك الرق
والحرية أمران مقدران ، وبما نصين ذاتيتين بالأحرار والعبيد . وإنما يؤدى
الملك والحرية والرق هو نفي أحكام مخصوصة بقدر هذه الأمور محلاها ، وكذلك
الروحانية بين الروحين أمر مقدر فرضه الشارع . وتعقبت به أحكام خاصة ، وعلى
هذا النحو ويص : أكثر نفعها الدمة ، فتكون محلا للحقوق مشروعة التي تحب
على الشخص . والحقوق التي تحب به . وديت لأن تلك التكاليف لا يصح
اعتل محلا لها ؛ لأن أهلية الواجب شئت لمحمول وللص في هذا ، بل للحمل
المستكن ، متى ثبت وجوده بغير حيا . فانه يوصى به ، ويوقف عليه ،
ويستحق في حالات ورث ، وكل هؤلاء لا عقل هم ، فيبقى الآن فرض
أمرأ يملك بالأدب به نفسها ، فكل الدمة . وإن قيل بقدر اعتل فمهم ، وجود
الاستعداد ونسبته الحقوق وإباحات . وعليه شئ نقدر نفس موجوداً فيهم
لا يقل سداً عن فرض الدمة وتقديرها .

ويرى بعض العلماء أنه لا حاجة إلى فرض الدمة وتقديرها ، إذ يكفي
أن شارع مكن للأدب من الاستعداد من المدين ، وأمر شارع وتمكينه مما ساط
الألزام والألزام^(١) . ونقدرد عليه صاحب كشف الأسرار ردأ عيب ، وإن يرى
أن الأمر في شئها نفس من أن يكون موضع خلاف . إذ خلاف فيه خلاف
لاحداء فيه ولا أثر ، ولا ثمرة له ، بل هو خلاف فلسفي بعد من منح العبد ، لا من
ليه وصله .

١٦٥ ذكرنا في معنى أن الإنسان ثبت له أهلية من وقت وجوده
إلى موته ، وثأ الأهلوية نوعها خاصة على الإنسان لا تثبت لغيرهم ، ولكن يرى
جهات خاصة بثبتها حقوق . ويندرج فيها ، سمها في تصرفات كحوت بيت المال

(١) راجع الأهلوية وعوارضها لأسرة . أحسن إحداهم هم بك

وحدة الأحكام والمدارس ، فمن تثبت أهلية الوحوب هذه الجهات ؟ لا شك أن القانون الحديث يفرض أن هذه الجهات وما شايعها شخصية معنوية ، فاشتركت المؤسسات التي ترصد فيها الأموال للجهات العامة ، سواء أكانت بطريق الوصية أو غير طريقها ، لها في القانون شخصية معنوية يعترف بها ويعرها أكثر الناموسيين ، وعلى ذلك تكون فاء أهلية وحوب باعتبار هذه الشخصية . أما شريعة الإسلام ، فيمكن فيها ما يسمى الشخصية المعنوية ، ولذلك كل أمثالات أهلية وحوب حيث المال والوقف موضع تصرف في شريعته ، ولا نجد عبارة ثابته في كلام الفقهاء ، فيبدأ أن للوقف ونحوه أهلية وحوب ، من بعد مثلا أن بعض الفقهاء يصرح بأن الوقف لا دمة له ، فيجوز في تنقيح حمديّة : أنه : لمصرح به أن الوقف لا دمة له ، وأن الاستدانة من القيم لا تثبت الدين في الوقف ؛ لا دمة له ، ولا يثبت الدين إلا على قيم ، يرجع به على الوقف ، ووثقته عموم مقدمه في الرجوع ^(١) . وهذا من بعد أن المعروف عند الفقهاء أن الوقف لا دمة له ، وإذا لم يكن للوقف دمة نحن فيها الخلق والاحكام ، وأن المستول هو القيم عليه ، فليس له أن أهلية وحوب ، ونحوه مثل ذلك في بيت من ونحوه - وسكن من جهة ثانية ترى أن حقوق تثبت هذه الجهات ، وبصرفات تعتمد معها بولاها الدائر ، وليس لشخصيته أثر فيها ، بل دليل أنه إذا عزل أمثما من بحسبه في القيام عليها ؛ وهذه التصرفات شرعية لا يمكن تحريمها إلا إذا فرضت للوقف وما يشبهه دمة مقصودة عن دمة صاحب : مثالا من المقرر فقهاء أن الأحادية سطل غوت المبحر والمستأجر . ومع ذلك إذا مات صاحب الوقف ، وكان قد أخرج أرض الوقف أو دوره لا تطل الأحادية ؛ لأنها فرضوا أن المؤجر ليس هو المصّر ، وسكن المؤجر هو الوقف نفسه ، وأن الدائر كالوصى على اليمين . تولى هو الأحادية بالنيابة عن الوقف ، وإذا كان كذلك فلا بد من اعتبار أن الوقف دمة تنعها أهلية وحوب ، لأنها اعتبره

منحراً من جهة . ولذا اعتبرناه كالمختور عليه من جهة ثانية ، والمختور منه .
 دمه . وأنهيه وحبوب بلا راع ، ويرى غير ذلك أن العقيد ، بفرعون أن كل
 تصرف سابع شرعي يدخل فيه الوقف ، تدعى كل إقامته ، وهو عزل ناصر
 إلى مولاه ، ومن ذلك مثلاً ما جاء في تسيح الحامدية . « مسجد وقف وذن
 ناصر لخصري أن يكسو المسجد ، ويكون ثمن الناصر من ربح الوقف »
 وعزل ناصر ثم تولى ناصر ، وهو في الآن ناصر . ولناصر لأولاده من ربح
 لوقف ثابت ، فمن يدر ناصر شيء يخص حق الخصري : لأن حقه يعاقب ربح
 الوقف ، أما يدر ناصر لأولاد الخواب يدر ناصر شيء يخص حق الخصري .
 ودعاه له من ربح الوقف ، ولا يدر ذلك ناصر الأول حيث عزل ^(١)

وهكذا ترى كثيراً من الخلق والمحدث تدرجه الوقف ، كما تدرجه
 بين الناس ، فثبت لهم حقوق وعليهم واجبات . وهذا يرى أن مثل السبل
 تعرض لهم شخصية مملوكة كما فرض يدور ، ومن ضمن الوقف كاتبة مسات ،
 وأن تقدر لهم هبة وحبوب : لأن ما فيها محقق ، وهو لصالحه شئت حقوق
 والواجبات . ولا مانع من أن تثبت مع هبة أو حبوب لينة : لأنها مرقية
 اعتدري ، ولا مانع في أن تعرض في حبوب البر وخير ، كما فرض في
 الإنسان ، ما دام كلاً له حقوق ، وتدرجه في ، دفع لها بموس العاص
 بين الناس ، وعدم اعتبار الأحكام والاعتقادي

١٦٦٨ - وأنهية المحبوب تكون ناقصة ، وتكون كامنة ، فهي كامنة في
 كل مولود مجرد ولادته ، ونقصه في شخص ، فالحسين أهلية وحبوب ناقصة ،
 وتقعها تسعين :

(أحد عشر) أنه يحسن الحدة والبقاء ، فسد يورث ميت ، فيكون في حكم
 عدمه ، ولا تثبت له شيء من الحقوق ، وقد يولد له من حق الإنسان ،

وقد كان مع هر الاحتمال في الوجود لا يصلح لأن يكون محلا لاثبات حقوق مطلقا ، وسكبه . كال موجودا فعلا أو حكما ، وإن . مستحق حياته الانسانية في صهر الوجود ثبت له بعض الحقوق ، وه يمكن كالأصل الخي في ظاهر السكون .

(ثانيا) أنه يصح : هو في بطن أمه حرا ، ميب . إذ يحرث بحر كعب ، ويعطيه الشارع بعض ما يوجب من حكام ، فيسحق بمقتضاها أن كانت أمه ، وسكبه حرا ، على استعداد الانعزال كاملا مستقلا بحرية ، فعندئذ حين الوحيين ، كونه حرا من أمه وحال حية الانعزال عنها ، وحدته مستقلا دونها ، أعطاه الشارع بعض الحقوق دون بعض الآخر .

وعلى ذلك يكون الحيين في بطن أمه أهلية للوجوب ناقصة ، فلا يلزمه حقوق عليه قط . لأن ثبوت الحق على شخص يكون بعض منه أو انفراد بآدمه هو ، بآدمه ، وبمعرفة من له الأولاد عليه ، لا شيء من ذلك ينشأ بالنسبة للحيين ، فليس له فعل يوجب عنه صيرته أو لا يوجب ، فثبت له عبادة بشي . حقوق ، من له من شرعي بشي . عليه حقوق بعبادته ، وسكن يثبت له بعض الحقوق ، فتثبت له الحقوق التي لا تحتاج في وجودها إلى قبول ، فثبت له الميراث ، وتثبت له العدة ، وثبت له غلات الوقف إذا كان شرط الواقف يدل على ذلك ، وثبت له نسب ، ولا تثبت على إلا حصص اقرار ، وذلك كله ، لأن هذه حقوق لا تحتاج إلى قبول ، أما الحقوق التي يحتاج ثبوتها إلى إيجاب ، قبول . فلا تثبت له ، لأنه لا يوجد من يتولى عنه صيغة لقبول ، فلا تعتمد صفة له ، لأن الحاجة إلى قبول ، ولا ولي للحيين يتولى عنه القبول . ولا يثبت له ذلك الحق .

ومع الاسامي كما ترى لا يحسن للحيين ويا أو وصا ، وسكن المدة النشئة من دون المحاسن الحسنة جعلت للحسين وصا يقسمه المجلس الخبي ، حتى لا تصعب الغلات ، ولا تفسد الأملاك التي تثبت له . واشريعة تعتبر الأمين الذي

يكون تحت يده مال الخين فأنما مقام الوصي ، فلا مانع من اعتبار الوصي الذي عين بحكم تلك المسادة هو الأمين الذي أوصيت الشريعة أن يكون تحت يده المال الموقوف لأجل تحقيق أحكام الميراث ولا سيما الصفة غير المسمى^(١)

١٦٧ وأهلية الوجوب إمامية تنبت كاملاً بمجرد ولادة الإنسان ، حتى إن وحيه أو وصيه لو اشترى له شيئاً بمجرد ولادته حياً لم يمت النسب ، ووجب أدؤه من ماله الخاص ، فلا مانع من مجرد وجوده في الحياة تكون له أهلية وجوب كاملاً باسمه الأموال ، أما التأكيدات حدادية أو الاعتدالية وعقوبات ، فلا تحت عامه إلا بالنسبة ، وتكون مع أهلية الأداء ، الكاملة على ما سبق .

وعلى ذلك نقول إن أهلية الوجوب تكون كاملة بالنسبة للفقير المنة الخاصة ، ولو تنبت معها أهلية الأداء ، وتنبت أهلية الوجوب بمجرد من أهلية الأداء للصبي غير المير ، والمجنون ومثله المصروع غير المير^(٢) . فلهذا تنبت هم أهلية الوجوب كاملاً في الأمور المدنية ، وسكن لا تنبت هم أهلية ذاء قط ، فثبت لهم كل الحقوق المدنية كاملة من غير أن يثبت حق المعاملات ، وحولهم القوامون عليهم هذه المعاملة .

١ ودمهم صالحه قبول كل الالتزامات التي تخصه فلهذا للصبي

(١) ارفق لا تنب له ملكية لأمواله ما لم يكن مكاف ، بل الصد وما ملك يده لبيته ، ولا يثبت له ولكن للفقير حقوق غير ماله ، فله أن يتزوج ، ولبيته ، ورزق فله أن يطلق ، وتلازم ذاء أهله حتى يفسد منه ، وإذا أنجب لا يسوق أولاً كنه إن كان كسوة ، ثم من رقبته ، ويصح الاداء من المدة ، وإذا أقر من بومه ووجب عليه الوفاء ، ولكن لا يحد به الاداء لا بعد عنه ، فلا يوجب سببه ، لأنه ، لأن الاداء حجة قاصرة ، وكل هذا يدل على أن المدة منه ، وأهله وجوب ، ولكن يفسد عارض لري وذلك لأجل حق ميده على رقبته .

(٢) الخيون مرض يقع على من ادرك الأمور على وجهها ويصح سببها وهو جالس ، وأهله مرض يقع على من ادرك الأمور على وجهها وأهله ، ولكن يصح سببها ، وكثير من الفقهاء يعتبرها نوعاً واحداً .

لشرعية التي يقوم بها أوليائهم ، ويخيرها اشرار لهم ، و يتقيدون بها ، وليس لهم اذا رشدوا أن يتحلوا من تعامها مادامت قد صدرت من الأولياء في حدود ولايتهم ، وكل من شأنها أن يحمي القاصرين ، فثمن الأعواض التي عقد عليها سمهم ترميهم ، ويحب في مالهم . ومهور الزيجات التي يعقدها لهم أوليائهم كذلك ، وفي الجنب كل الآثار مالم يه التي تنشأ بأسباب تتولاها باسمهم الأولياء والأوصياء عليهم تكون لازمة ، وتحل في ذمتهم ، وتؤدي من أموالهم ، فان رشدوا قبل لولي ، وحب عليهم المهر . وكذلك ترميهم نفقة الزوجية ، لأنها من مقتضى العقد الذي سم باسمهم : ان النفقة من آثار عقد الزواج ، وثمرة من ثمراته . ويعود بحر الاسلام برده في أصوله : ان نفقة الزوجة ترمي ، لأن هذا منها بالأعواض ، لأنها حراء الأحسن ، وعوضه . ونحن نختار مذهب شافعي الذي يرى أن نفقة الزوجية صبه مستحقة بعقد ، وثمره من ثمراته ^(١) ، ومن مقصده ، ومهم يكن وحبيب في راحة على الصغير غير المير . والمحمون والمعتوه غير المير .

ب - ونست في ذمتهم كل ما هو من مثوبة المال ، ومعارمه ، فيجب في مواضع خروج والعشر : لأن إخراج في أصل شرعته مثوبة لمزية الأهل . والأعراض والأفوس ، والهدايا عن الملاد ، كما هو لأش . فصدر والترع ويحب ذلك ، وكذلك العشر . فبما مثوبات الأموال ، هذا على الأصل ، وذاك على غيره ، ونحاش في مال هؤلاء القاصرين ، هذا ولأن حاش المثوبة في المير أكثر أثراً من حاش العدة . وهذا واحدة ما به حاتف في تعليق كونه عداة أو مثوبة ماله ، فمن قال إنها عداة قل إنها لا تحب على الصغير والمعتوه غير الميرين والمحمون ، ومن قال إنها مثوبة أو علب فيها حاش المثوبة قل إنها تثبت في ذمتهم ، وتحب في أموالهم : (١) فصدقة الفطر علب بعض الفقهاء فيها حاش المثوبة وجعلها واحدة في أمور هؤلاء ، وعلب آخرون فيها حاش العداة ، فسمع ثبوته في مال هؤلاء ، فأبو حنيفة وأبو يوسف وأصحابهما في مال هؤلاء القاصرين ،

(١) راجع أصول بحر الاسلام وعليه كشف الأسرار الجزء الرابع من ١٣٦ .

بعضاً لحسب المشقة ، ومحمد ورفق له نوحها في أموالهم بعضاً لحسب العادة ،
(٢) وكذلك كل موضع خلاف بين الفقهاء ، ركاة الأموال ، فاشاعى ومالك
وأحمد رضي الله عنهم رجحوا حسب الله فيه فيها ، فأوجبوها في أموال القاصرين ،
وأدوا كلامهم بعض الأثر ، وأوجبوها وأصحها رجحوا فيها حسب العادة ،
والقاصر غير مكاتبها

٢ - وتاريخها أيضا الصلوات التي تشبه المثة مائة ، وهي نفقة الأقارب ،
فهذه صفة عمرى ، وسكنها بسب عدة حصص . ن هي مثة مائة أوجب
مقام الاحتياج ونسبة الشريعة ، فالأمة وحدة اجتماعية متفوية مآزرة
مستفورة ، ومن واجب تدارك أن يدفع عنها عن فقيرها عنة تجوع ، وأن يسد
رمقه ، فكان من مثة عن وتكليفه أن يعق دور انتشار من الأسرة الواحدة
على دوى الأسرة ، وإذا كان ذلك مثة له ، فهو يتعهدها يكن حامله ، رشداً
أو غير رشداً ، صغيراً أو كبيراً ، محبوساً أو عاقلاً ، وندت قوم الأسرة على سائر
من التعاون متين الدعائم .

٣ - الحرم المالى فيدرمه يتدعى ما يسفه من أموال ، لأن صير المقتد
يكون من يعوض انتافه ، ودمه صالحة فوجوب كل ما هو مالى ، وليس من
فصل لعادة ، ولأن المقصود ليس فعلاً يقوم به ، بل المقصود من يعوض المقصود
ويربح الحاضر ، فثبت المالى في دمه ، ودمه عنه من ماله وبيه ووصيه .
وهكذا كل أمر مالى يكون لقاصر دمه فيه كدمه الرشيد ما دام لم يبلغ
فيه حسب العادة ، ويؤدى عنه وبيه ووصيه كل ما ثبت في دمه ^(١)

أهلية الأداء

١٦٨ § قد بينا في معنى أن أهلية الأداء ، هي أهلية لعدم معنى أن

(١) اعتمادنا في الكلام في أهلية وجوب على شر - مالى ما يحكمه عنه وعن
آه لأصول الخ - الذى ب المحكوم عليه أبصا وعن كشف لأسرار عن أصول غير
لإسلام الجزء الرابع من ١٣٥٧ وه سب ، وعن كتب الأهلية وعوارسها لأسنادها الخ
شيعية ، محمد بن هيثم بن

يكون الشخص صاحباً لاكتساب حقوق تصرفاته التولية ، وإن ، حقوق لغيره .
 بهذه انتمت فات ، فأول أثر اذن ثبوت أهلية الأداء ، صحة التصرفات المدنية ، بمعنى
 اعتبارها ، أساساً منشئة للحقوق للشخص وعليه ، فمن كانت عيارته صالحة لأن
 تكون سند ثبوت الحقوق له ، وعليه ، فعنده أهلية أداء ، ومن لم تكن عيارته
 صالحة تلك السمية ، فهو دون أهلية الأداء . ولا شك أن صبي غير لمير ،
 والمجنون ، وسفيه غير امير ، وهم الذين ذكرنا أن أهلية لإحوي ثابته كمنه
 هم . هؤلاء فاقدوا أهلية الأداء ، لأن عياراتهم مائة ساقطة لا تصح سند لأشياء
 حقوقهم أو غيرهم : . العارية التي بثت بها التصرفات شرعية هي العيارات
 المقصود بمصاد التي يفهم قائلها مرادها في عرف الناس ، والأثر الشرعي لها في
 الحكم ، لا على وجه تفصيل ، ففهم أن البيع ينفي خروج سبيع من ملك المبيع ،
 واستحقاقه بثمن ، ووجوب دعوته في ملك المشتري ، ووجوب الثمن عليه ،
 وبذلك الذين قصدوا التمييز لا يتم هذا المقصد في عياراتهم ، فتكون معدة ،
 ولا تسليح سند شرعي لأشياء هذه الحقوق

١٦٩٨ وغير هؤلاء تثبت لهم أهلية أداء كاملة أو ناقصة ، فكل
 مير عنده أهلية أداء ، لا يسلط هذه الأهلية هو الحقن ، بحيث وحده المير ومعه
 تمييز توحد أهلية الأداء ، وذلك لأن التمييز يخص الشخص بينهم لقصد من
 عيارته ، . سرله ثمراتها ، فتكون عيارته صالحة لأشياء ، الحقوق له أو عليه ،
 ، عند جمعوا حد التمييز ، لا يكون لشخص ، ولا لعقود لأسلط الدالة على العقود ،
 فيفهم مثلاً أن البيع سائب ، وإشراء موجب بمعنى أن البيع يستمسكية لمبيع
 من المبيع ، وإشراء يوجب مبيع في ملك المشتري ، ولا يتصور التمييز من دون
 السعة وأهلية الأداء ، فتكون كمنه ونافسته نعم يمكن المير ونقصه

فأهلية الأداء سبب كمنه للدم العقلي الرشيد الذي لم يحجر عليه لأي
 سبب من الأسباب ، ومن كان كذلك كان حراً في التصرف في أمواله تصرف
 فيها تطلق الشرعة التي يراها غير مقيدة ، لأن العقل والرشد كوابن

تقييد تصرفه مصلح ، فانفروض فيه أنه لا يتصرف تصرفاً إلا عن روية وتفكير
وتقدير ونقد ، وهو ترى أنه مصلحه ، وليس ثمة مانع يمنع إلا حتى عبده
في الاستمتاع بحريته وحقوقه كاملاً ، كما يستمتع هو
أما ناقص الأهلية فهو من كان عبده أصل التمييز ، ولكن لما كان عبده
كحال العقول ، إما أعدم نوعه ، أو لم يلق جعل نوعه إمارة كمال العقل ، وإما
نقص بين في العقل مع وجود أصل التمييز ، وأما لأن عقل قد كثر ، والنس قد
سعت حدودها ، ولكن في تصرفاته ما يندب على نقصان تديره المال ، والأول هو
النقص المميز ، والثاني هو الغنوة المميز ، والثالث السفيه ويلحق به ذو العصبية ،
فولاء جميعا ناقصو الأهلية لأن أصل تمييز عديم ، ولكن بعضهم كان عقل
وحسن التدبير ، وسككهم عن كل واحد بكلمة موصفة له ، ثم بين أحكامهم
(١)

١٧٠ الذي مميز وهو الذي بلغ سناً أصبح يميز فيها بين معنى
أماط يعود في جملة ، ويعرف المراد منها عرف ، ولا تصور امتياز في سن دون
سابعة ، وسابعة هي أخذ الأدنى للتمييز ، وقد تتحوّل شخص ، ولا يميز مداه
لم يعرف معنى العقود ، ومقتضياتها في عرف الناس ولا حال ، هذا هو حد التمييز
الأدنى . أما مهارة الصغار ، فقد انمقت كلمة انمقت ، على أنها بلوغ الحلم ، غير أن دفع
الأموال وأهليه الأداء ، لكلمته لا تتم بمجرد بلوغ الحلم بل بلوغ العقل ، بل
الأهلية تتم بأمرين ، وهما بلوغ الحلم أو بلوغ السكاح ، والرشد ، وذلك هو مدلول
قوله تعالى : « واسوا اليدين » ، حتى إذا بلغوا السكاح ، فإن آسّم منهم رشداً ،
ودفعوا إليهم أموالهم » دفع المال ، أو أهلية الأداء ، لكلمة مشروطة بشرطين
لا بد من تحققهما ، وهما بلوغ السكاح ، وأساس الرشد ، فإم توافرا معاً ، لا يعطى
الصبي ماله ، بل نقد ذهب معد من حبيز وأشعي واصحات إلى أنه يعتبر يتيم
مالم يؤنس رشده ، فقد جاء في تفسير القرطبي « فل معد من حبيز وأشعي »

الرجل يأخذ بلحيته وما يليه ريشه . فلا يدفع إليهم ماله ، وإن كان شحيحا . حتى يؤمن منه ريشه . وهكذا قال سبحانه : " لا تعطى المسكين " وإن بيع مائة سنة ، حتى يعلم منه اصلاح ماله .

وإذا لم يكن حله كان الملعق مبيع خمس عشرة سنة للحارية والعلامة عند أكثر الفقهاء ، ومعه صدقة في حبيقة . وبعد أنى حبيقة مبيع سبع عشرة سنة للحارية وثماني عشرة للعلامة . وعند مالك يبيع سبع عشرة سنة من لم يكن عنده إحدى إمارات البلوغ .

هذا موخر في حقيقة الموع وإختلاف أبعاده فيه ، ثم الرشد يستعمل كالمهم يرى أن امرده القدرة على تدبير الأمور المدنية ، واستعمال الأموال استعمالا حسنا ، فهذا ابن عباس وغيره يفسرون الرشد بأنه صلاح العمل وحسنه المثل . وقد كان الرشد هو القدرة على تسمية الأمور واستعمالها ، وحسن التعميم عيها ، وتدبير شؤونهم ، وهو لا يندرج تحت إختلاف تعهد الحبة ، وتشتت ما كتب . وإختلاف مراتبهم ، وكل كانت الحبة الأخيرة مدحة جيدة . تدفع حاجات فيها ، وههنا تشبه نواب الرزق . بل تختلف مذهب سهل على الشخص تدبير . هـ . فإذا كان له رخص راعيه ، كان التعميم عيها حرمها ، فله المزار ، ورجد تحت من لرب ، فتجود عنه من رعيه ، والأخبار بالحدود ، حتى إذا التزم عيها قليلا يدر بده . ورجد من المدنية ثمره ، وهكذا يسود السهولة كل أسباب الرزق ، فليس من الحر به أن يبيع ريشه في الخامسة عشرة أو قبلها أو بعده قليل . أما إذا كانت الحبة مقدمة لأفق ، عريضة بجواب ، متشعبة لمسالك ، تحكمهم بصم احتمنة وفتصادمة متشعبة . لا يدركها نفق إلا بعد صبح ودراسة ، كل لابد أن نتأخر من الرشد ، وأن نتساعد عن سن البلوغ . وإذا كانت الأهلية الكاملة لا تتم لا يصبر من البلوغ والرشد ، وقد حكمنا بتأخر الرشد عند ما عقد مد هيح الحبة ، ونسب الرزق ، فلا بد من تقتضي كلام الفقهاء أن يستمر الفتى باقيا الأهلية أمدا غير قصير ، حتى يرشد ، ويستحق أن يدفع ماله إليه . وهو في هذه لمدة يختار الوقت بعد الآخر ؛ ليستفيد

من تجارب الحياة ، ويعلم القوم عنه مقدار ما وصل إليه من علمها وشؤونها .
وتدركاتها = اعتناء متعمق بالأرجاء واسمها أرحاب ، ولم يعيشوا ليرشد
من خاصة وأن عيشها للروح سواء بعد أن حبيقة حصل منها أية ليس الحشر
ونقص الأهمية ، وهي خمس وعشرون سنة ، ولكن وجهة نظره في ذلك لم تكن
بعين من رشد . بل لأنه يرى أنه ورفق والنصيحة لا يصح أن يحجر على
باع ، بل مع مبلغ الرجل مبلغ خمسة وعشرين ، ولو كان أفسق الفسق .
وشدهم تدبر منه . بل دام عاقلاً ست عدة ثلثة حيون ، ولا احتلاط عنه .
وكان محبوب الفقير ، فقومهم ، وفروا أن يسير الشخص بقص الأمانة حتى ما
رشد ، ويستطيع القيام على ماه وتديبه وتثنيه .

١٧١ — وقد سبغت لتواييل الحديثة مفتح الشريعة في أم . اعتبرت بوع
أوشد هو الماظر كمال الأهلية وما دام . رشد لم يوافق شخص ناقص الأهلية ،
وعند جاء في شرح القلوب لمدني فمرحوم أحمد فتحي رغبول ثبت مدة قيمة في
هذا مقام هذا نص . لمؤود بولد وقد الأهلية^(٢) . وحق كدتك إلى أن سمع
من القدير ، ثم سجد في دور حشد هو دور التمييز ، لأن عمله ومسكاته لا تزال
عنين ، فلا يقوى على تدبير لأفعال التي تصدر عنه ، أو يتعمد فعلها .
صحيح ، ثم هو لا يصل إلى هذه مرتبة لا بعد أن تصبح قوته العاقل ، ويكون
به بعض الخبرة ، حتى يؤمن على إدارة أمواله بسده . ومعلوم أن بلوغ هذه مرتبة
لا يتم للجميع صورة واحدة . ولا في زمن واحد ، بل هم يختلفون في ذلك اختلاف
كبيراً ، إلا أن مدفع الأمن وضرورة الأمن في المعاملات واحدة أن وضع حشد
سبب إلى حال الأناس ، ويخرج سبوعه من دور التردد إلى دور عمل ، كل
ذلك قصي تقدر الأمن انتهى يخص به كل واحد من ذلك الحشر ، وتتم
لأهية . ولشرائع محبته في تقدر هذا الأمن ، فبما جاءه شيء عشرة سنة
الأثني ، وأربع عشرة سنة لذكر . كما فعل أرومانيوس في لبدانية ، مدركات الأمانة

(١) سدين الخلاف في ذلك عند الكلام على الفقه .

(٢) يقصد أهلة الأبناء .

في شأنها الأولى سداحة الأحمال ، فبسة العدد ، ثم كانت مراعاة شديدة في
 تربية الأولاد ، وإرواط تعاليم قوية كافية لحمايتهم ، وبما قد يعرط منهم
 من الأخطار ، قبل استعجال التصرف ، فبذلك من باعث يحمل الشارع على الانباء ،
 تمنح الأهلية الكاملة ، وبعد بحوط مهده اهتمام كمال . فما اردحم المجتمع نهله ،
 وكثير من ، وتوعت اوعت ومصاب وتشتت التحمل لالاست ، وامست
 طلعها اي امد من دره وعشيرة . وهن ربه اعانه بصعظ تلك المؤثرات
 صيرت مصاب التحميل بافرار الأهلية ، واضطر الشارع الى تجميع رصدها
 ثمانية مائة وعشرين سنة ، ومن شرائع ما وقعت عند احداة والعشرين ،
 ومنها ما اقتصر على تسع عشرة سنة ^(١) .

وقد كان لقانون المصري يسير على اعسار من كل الأهلية ثمانى عشرة ،
 وبذلك لم يخطأ لفتى أو الفصة في هذه لس يكون من غير عايشة من الدنيا وإدارة
 الأموال لأنه يكون لا من عايشة على سبى دروسه ، منقطه عن ادارة أمواله ،
 غير متفرع لها ، فرفعت لس من احدى وعشرين على حسب تعاون الصادر في
 ١٣ اكتوبر سنة ١٩٢٥ ، وقد جاء في مذكرة لأحد هذه قانون خاصا برفع
 سن الرشده من « من بتدليات أهمه انى ذهب لمشروع رفع السن حتى
 تنتهى فيها بولادة والخاصة مع ثمانى عشرة سنة الى احدى وعشرين سنة ، وهذا
 التعديل دفع به التجربة دون لاقتصر على ثمانى عشرة المحدودة
 الا ان بلوغ الرشده وثب اوصافه غير كافية ، مصر من الأحوال الاجتماعية
 الحاضرة ، فبذلك لس يكون رشده في دور التعمير حين بوعهم هذه السن ،
 ولذلك يكونون بطبيعة الحال قليلي الخبرة لحياة معسرة أصعب من ذلك ما يحيط
 بـ ثمانى عشر من دواعي الاعباء بالامصارف والتدبير ، وقد شوهد في كثير من
 الأحوال ثمانى عشر بعت عنهم اوصافه ، وسعت ايهم بوعهم عند بوعهم ثمانية
 عشر عاما ، فبذلك كثر أن معظمها في قبيل من من : ولقد رأت الوزارة رفع

(١) شرح القانون عدد من ٢٨ ، ورسمه غور من الأهلية الأسماء محمد عايشة .

ليس أتى نتهى سلوحي الوصاية من ثمانى عشرة سنة في إحدى وعشرين .
 ولقد أخذ هذا القاموس الجديد نمداً اختصار القاصر في وقت الحظر عليه
 ونقصان أهليته بالأداء والعمامة ، وهو نمداً القصر الكريم : إذ يقول ندر :
 وتعالى « وانلوا يتامى ، حتى إذا بلغوا النكاح ، فإن آنستم منهم رشداً فادعوا
 إليهم أموالهم » فقد نص ذلك القاموس على أن القاصر متى بلغ ثمانى عشرة سنة
 ولم يتبع من التصرف في ماله حذر الوصي أن يسله أمواله سوى بعض ادارتها ،
 فمكون له قس دخله ، وتصرف فيه ، والتأخير مدة سنة أو أقل ، و راعة
 أرضه ، والقيام بشهه ماله من أعمال الحفظ والحماية ، ويعتبر راشداً في هذه
 التصرفات فاصر في غيرها ، وهذا أساس التصرف في عطية منه مع من كل تصرف
 وليس له أن يطلب الإذن بتصرف في ماله من غير ما يباح له .^(١)

١٧٢ — وخلاصة قول : أن القصر غير مقص لأهلية ، والحد الأدنى
 للتمييز سبع سنوات ، و شريعة فوجت للنوع ضرب خاصة : من لم تحقق
 تلك الأمارات ، فإن ، ولم يحمل الشريعة مطلق بلوغ سن في كمال أهلية الأمر .
 من أهليته لا كمال في الشريعة لا من وأبنا أرشد ، بل يعين القصر سن
 لا ينس أرشد ، ولكن ما بين الحديثة عتب سن فوجت لشريعة في ذلك .
 ولكن لم تتجاف عن معناها وصرماها .

١٧٣ المصنف : اسمه ^(٢) هو من لأبنا القسم على تدبير ماله .

(١) راجع مواد ٢٩ ، ٣٠ ، ٣١ ، ٣٢ من قانون الخمس المحمية المصدرة في ١٣
 أكتوبر سنة ١٩٢٥ .

(٢) جاء في بعض معاني حمية المذهب : أن في ابن الذي لا حسن الأحكام فيه ، ولا
 الاعطاء منها ، شبهه بوجه سفيه ، وهو : خصا السج ، وندى للسان يسمى سبها ، ولا يركد
 تعنى عبادة لا في جمال أساس ، وأتخاب لعمول خدمته ، و عرب يطلق اسمه على صمم
 لعل نارة وعلى صفه اليدين أخرى ، قاله الشاعر :

— أن تنفخ أطلانتا ويجهل الفجر مع الحالم
 وكان ذو الرمة

مثيل كاهنات رباح سبب أعاليها من الرياح التوامم
 وكأنه خمس اسمه انصرعى المأجود من الثوب السيف يعنى المهلل ، وأما من الصف
 في نفس ، والمفقه

فيبقى في غير مواضع الامتداد والحجر على السعة موضع خلاف كثير بين العلماء ، وقد تضمنت فيه فواصيح ، واللهيه جلال احكامه ان يبلغ الشخص سعيها ، وقد اتفق العلماء على انه لا يقضى منه ، بل يجمع منه عملا بقوله تعالى : « ولا تؤتوا السفهاء أموالكم » ولكن اختلفوا في موضعين في هذه الحاشية (أحدهما) ان كثرة الامداد على ان ماله لا يدفع به ، ويجمع من كل التصرفات التوقية ، وليس له ان يبرهن حق غيره ، ولا ان يبيع ولا ان يشتري ، ولكن روى عن ابي حنيفة انه يقول ان ماله لا يبيع اليه ، ولكن عقوده ، وكان تصرفاته موعية بحجة كتصرفات غيره من العقلاء ، لأن أهليته تكفي بمجرد البلوغ عنده ، ويصح مال كمالا يمكن من تعقب تصرفاته الى تسوية عنده ، ولأن بيع وحده تأديب ورجح ، وهذه لكفاية » ولكن روى ابي عبد الله عن ابي حنيفة ان الشخص اذا بلغ سعيها استمر حجر عليه ، ثميه من ماله ، ولا بعد تصرفاته فيه وذلك هو الاجح . (المصنع الثاني) ان كثرة الامداد على ان الشخص اذا بلغ سعيها استمر الحجر عليه ، حتى يرشد ، ثم يرشد لبيع الحجر عنه ، واستمر ناقص لأهلية . وله بيع أردل العمر ، لأن به بعض لأهلية هو بعض الحق ، وعدم القدرة على إدارة شؤنه المالية ، في تمت هذه الحقائق ، احكامه فخرج مستمر ، لم يفتد وداعه ، وقال ابو حنيفة ان شخص اذا بلغ خمس والعشرين سنة دفع به ماله ، ولو كان سعيها مادام عاقلا . لأنه مألوع احكامه والعشرين لا يبيع فيه ربح ولا تأديب ، ورحم الله ابا حنيفة ، فقد روى عنه انه قال : « اذا بلغ الخامسة والعشرين احسن ان يكون حيا » ثم سمعني ان حجر عليه ، وروى الحق في الأصل عند ابي حنيفة ان الشخص متى بيع عاقلا تمت أهليته ، ولكن ان كان سعيها ليس له مال حشية ان يكون ذلك لسعة بعض احكامه ، وعراة اشبه بالذكور . شمع من ماله تأدب ورجية ، وبعد الخامسة والعشرين لا موضع للترتبة ، فبيل اليه ماله ، ولحق الله ما كان معولا ، ويؤيد فكره في حسمه من حيث لتفرقة بين حل الشب قبل الخامسة والعشرين وبعدها ما ذكره عبد الله بن عباس ، الترتيب وعناء

الأحلاق من أن العادات الحمىء وأخلاقه تكون فى دور شكوى ، ويكون مة
رخوة قبل الخامسة والعشرين ، وأكثر مره قبل العشرين ، وبعد الخامسة
والعشرين تتكون العادات ، وسعدى بحورى فى الحب ، ويصعب حذف الصعوبة
تغييرها . فذا كان لفتى لم يبلغ الخامسة والعشرين وهو سفيه مبدى له ، فتع
له ، فعسى أن يكون مبادئ معينة حيث العادة المربة ، ولكن بعد خامسة
وانعشرين يصعب تغييرها ، فغيره حمله على عاره

١٧٤ هذه هى لسعة الأولى ، وهى سبع لشخص سفيه فى الحار
الثانية هى بلوعة رشيدا ، ثم سبعة بعد ذلك ، واحجر فيه موضع خلاف بين
العلماء أيضا من العلماء ، وهم الأكثرون أيت من قال انه يصير نفس الأهلية
بالسنة للتصرفات لذية احدة . ومن فهم من قال انه لا يحجر عليه مح من
الأخوان ، ومنها أن خمسة على مقتضى قصد فى قته هذه مسألة ، ومعه رفر من
المدول ، ومنهم من فهم ، المذهب الأخرى

وترى من هذا السياق أن حبيبه اسمعيت بعدد احجر على اسميه
واعترضه كامل الأهلية ، سواء أعرض له سبعة بعد بلوعة رشيدا ، أو سبع سفيه على
المحو الذى علمته فى الحال الأولى ، فالأصل عنده أن اسفه من سب فى نفس
الأهلية ، وقد استدلل لهذه هذا بما يأتى

١ - عموم القرآن الكريم فى آية الخامسة بعقود ، من مثل « يا أيها
الذين آمنوا أوفوا بعقودكم » ومن مثل « ووفوا بعقودكم إن كنتم تعلمون »
ومن مثل قوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن
تكون تحارة عن راض منكم » وغير ذلك مما ورد فى آية الله تعالى حث على الوفاء
بكل التزامات العقود ، ومثل ذلك ما ورد فى الحديث من الأمر بالاهداء
والصدقات والهباء من مثل قوله صلى الله عليه وسلم : « تهادوا تحابوا » فى كل
هذه الآيات والأحاديث الحطاب عام لكل المؤمنين ، ولا شك أن المدرس
والسهم ، داخلون فى عموم المؤمنين من غير خلاف بين علماء المسلمين ،

فهي مضمون الوفاء ، تعودهم ، وعده الكف في عهودهم ، سواء كانت هبة
وهذا ، ثم عقود مددة مائة في تحقق مائة عقود الدية ، وهو لتراضى ،
حتى يحقق قصد وحب اوفاء بعهد ، هو قسما بعد هذا ان المدر له بعض
عقده بطل وبعض عقوده سير بعد معنى ذلك ان الوفاء بها غير مطلوب ،
وكون ذلك تخصيص من عموم الأمر ، ولا يصح ان يكون تخصيص تلك
للمصوص الاصلية لتغطية في دلالتها ، لا تنافي مع هو قطعي في دلالة ، وسسته
في الشرع الاسلامي ، فله يكن كدلت لا صلاح لمخصص ، ولم يقع من المصوص
مراية ، هو فاضع في دلالة ، من الأحداث ، هو صحيح لا ريب في دلتته ،
وذن بكل عقود المد له بحسب الوفاء ، فلا يصح احجر عليه ، وهلمه كما
ب روى قتادة عن انس بن مالك بن ارجل على عهد رسول الله
صلى الله عليه وسلم ، وفي عقدته ضعف ، فاني به الله صلى الله عليه وسلم
الله عليه وسلم ، فقد ياتي الله احجر على فلال : فانه يلتزم ، وفي عقدته ضعف ،
وعده النبي صلى الله عليه وسلم ، فيها عن البيع ، قال النبي صلى الله عليه وسلم لا تصرف
البيع . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ان كنت فعلها ، ولا حلاله ،
ولك احجر فلال . وروى عن انس بن عمر رضي الله عنه ان رجلا ذكر رسول الله صلى
الله عليه وسلم انه يفتخر في البيع فقال صلى الله عليه وسلم اذا باعت قتل لا حلاله
وقل هذا على ان الرجل اندي بعض في البيع ، وهو من نوع السهم . لا ريب
لا يبيع من التصرف في دله ، ولو كان يبيع لأحاب النبي صلى الله عليه وسلم أهل
الرجل الى مذهبوا ، ولكمه . يحكمهم ، بل طالب من الرجل ان يبيع مختاراً عن
البيع ، ويستند بعيره ، فلا يبين له عدم استطاعته ذلك فسد في أنه بشرط بعيره
حيدر ثلاثة أيام ، يتروى فيها ويتر ، ويراجع من يشاؤهم في أمره ، ولو كان
حر لعن ، والخدع في الساعات وهي من السعة أو العبد لمع وتقصير الأهلية
بعه النبي صلى الله عليه وسلم من التصرفات بعد ان ثبت الوصف الموجب للمع
والخحر ، وكلمه لم يفعل ، بل ذلك على ان السعة أو العبد كلام لا يوجب
تقصير أهلية ولا حصر من التصرفات .

برق ويكسى ، أما وسن التسمية والخطف والخصاية فيست ، وركن حيرة ،
ونيد هذا المعنى بالآية لثبته ، لأمر فرصت أن للعبة ويه هو أنى يتوب
شأ صبيعه عند امدائيه واملاءه عند الكثرة ، وركن للعبة أن يبصرف في
أمواله تبصرف ارشدين ما كان ، وكن يتوب عنه ، وما قر لله ونيه أن يتوب
الأملان فهو فيمل ونيه ، عدل ، واد كان السفيه لا يعصى ماله ، ولا يستصرف
فه ، ووه وكن فهو ، نفس الأهامة ، ويحجور عنه

ب ما مروى من أن عدائته بن جعفر بن أبي طالب في لير من لغوامه
فقال الى بنت يبع ، ثم أن عبد يزيد بن جعفر بن أبي طالب في لير من لغوامه
في البيع ، وكنى على عن بن عبد الله أن جعفر بن أبي طالب عدائته بن جعفر
فقال الى لير ، ثم يكنى في البيع ، فكن عن بن جعفر بن أبي طالب في لير من لغوامه
اريز ، فكن هذا على بن جعفر بن أبي طالب في لير من لغوامه ، وكن
من الشريعة ، والأماض على لير من لغوامه ، وكن من لغوامه ، وكن
يسكر أحد من اصحابه فكن ، وكن من لغوامه ، وكن من لغوامه ، وكن
كلها قد ركن أن عدائته لا يستحق حجر^(١)

وروى أيضا أن عائشة بنت عبد الله بن أبي طالب في لير من لغوامه ، وقد ركن
عن ركنها ، فكن من لغوامه ، وكن من لغوامه ، وكن من لغوامه ، وكن
وهذا ليس على أن ابن أبي طالب وعائشة قد ركن حجر ، وعائشة مكاتبها من لغوامه
ولفتها مكاتبها^(٢)

ب مصححة السفيه امانية في معنه ، فان تركه وشأنه صانع ماله ، وكان
كل على الناس ، وكن سب الحجر فيه وتحقق ، فان لسب في الحجر على انه غير

(١) رد أبو حنيفة عن أن لير من لغوامه في كنية ، وكن من لغوامه ، لأن آل العبد
الكرى ، ولد كور ، وكن من لغوامه ، وكن من لغوامه ، وكن من لغوامه ، وكن من لغوامه
أنهم مدرون

(٢) وكن كل ما يدل عليه لأمر ما تجاوز أنه رأى محار ، ورأى الصديق فيه لا أى
فيه محال ليس بحجة .

أخشية من صبيغ مائه ، وصبياع حال في السفيه أوصح ، لأن تسبوه ^(١) محقق
لأرب فيه ، وإذا كان سب الحجر ذلك وهو محقق فيه ، فلا بد أن يتحقق
أثره ، وهو حجر فافهم . هذا ومن ملاحظة الساس أن يحجر على سبهم ، لأسهم
أن أصاعوا أموالهم كأول عائلة على احمدة بعضهم وتكسوه . أو يعيثون فيها
ساداً ، ولا يتركوا عامراً إلا حربوه ، ولا قسماً إلا هدموه

١٧٦ — هذه أدلة الفريقين ، ونرجو أن تكون قد حكمتها على وجهها ،
وقد حسب محمد دونه يوسف في تثناء الحجر على لسفيه أمي وقت تحقق وصف
السفه ، أم من وقت حكم القاضي به ؟ قال الأول محمد وقال لثاني أبو يوسف ^(٢) ،
فالحجر عند محمد يسدي من وقت امرأته في مؤامه وتبديره فيها ، وكل تصرف
من من وقت تحقق وصف سفه عرصة الانطاس ، إذ قد صدر باطلا ، ولم
يحكم القاضي بأسفه ، أما عند أبي يوسف فالحجر يسدي من وقت حكمه ،
وكل تصرف قبله هو سب . ثم لا يحل بطن فيه وقد استدلل محمد برأيه
أن علة الحجر هي اسفه وتبديره في فحدث لسفه واحد معهم
ما كانت عليه في وجوده . فلا حاجة إذن إلى قضاء القاضي ، لأن القضاة ليس
هو سب ، ولا شرط في السب ، ومن جهة ثانية فالحجر بسب أسفه كالحجر
بسب عته ، كالأمر عليه بالحجر وسبع من التصرفات ، ولو كان مع أهله تمييز

(١) ح . رأى أبو حنيفة في أهليه على أن حله في قصاص أهله ، لأنه عدو له .
هو الحجر بسب السب ، وذلك لا يقع في السفه ، إذ هو من سبهم
(٢) رأى مالك والشافعي كأبي يوسف فقهه . في أحكام القرآن للربيعي ما نصه
« اختلف العلماء في أمثال السفه في الحجر فكل واحد وجعل أمثاله عدو له . إن كان
سفه وأمره كله حراً ، حتى يصرف لأمم على سبه . وهو قول الشافعي وأبي يوسف
وقال ابن قاسم أمثاله غير حرة ، وإن لم يصرف لأمم على سبه . وقال الأصمعي إن كان صاهر
السفه فأصله مردودة ، وإن كان عدو من أسفه ، فلا ترد أمثاله ، حتى يخرج عنه الإمام
وحتى يحل سبهم عدو مالك . قال . . . لم كانت أمثال السفيه مردودة قبل الحجر ما احتج
سبهم أن يصح على أحد من تقسمه من حدث حارب أن رجلاً
أعتق عدو من به ماء غيره ، فرددته على أبي لهب عنه وسبهم ، ولم يكن حجر عليه
قبل ذلك . »

وقد ثبت الحجر على معنوه مجرد وجوده . فثبت الحجر على اسمه مجرد
وجود اسمه هناك قياساً على استوى شروحه ، والجميع يسمى
الحجر لمعنى في نفس الحجر عليه ، لا شئ ، حرج ، فثبت ذلك المعنى تحقق
الحجر

ووجهه نظر في يوسف أن الحجر على اسمه أمر يحتاج إلى نظر ،
واستدلال وترجيح بين أمور متضادة ، وذلك في المسألة الصريخ ، كالعلم
بحق ثابت لا ريب في وجوده . (حدهم) الحجر وأهدار الخبرية وعدمه . اعتبر
بعض تصرفاته وعقوده ، وذلك بعض في آدميته ، ثم بين صرف الصرف والتقدير ،
والعلم الذي ذات المبنى وذات الشئ من غير هدى ، فكان لابد من الموارنة بين
الصريخ ، وترجيح أحدهم على الآخر مصر غير متغير ، لا محالة ولا راجح ،
وذلك كقول ، قضاء متى يكون متضاداً بين حدين من الأقسام وحال التعميد ،
ومرجحاً لأحمد الصريخ ، ورجحني المصالحين ، وأبعد من حقيقة اسمه غير
محموسة لأبعد من عقلاء ، من أن اسمه أمر مبدى اعتدري ، يحذف العملاء
أرشيدون حوله ، فقد ترى بعض العقلاء مصر ، فحكم أنه سمع وسدير ، وبراء
عملاء ، فحكم أنه حكمه وسدير ، فكان هذا لاختلاف بين حسن في
حقيقة اسمه داعياً لأن يحتاج في ترجيح لأحد الصريخ على الآخر ، ولأنه
استدبرين ، وذلك يكون بالتقضاء العادل .

وإذا قدر أن حجر يتبدى من وقت ثوبه ، وعند بائع على كل
بصرف حصل من وقت حدوث اسمه ، فكان في ذلك صرف محقق بكثير من
لأن عدمه من شئ معين لم حقيقة أمره ، وخصوصاً أن اسمه السعيه لأشت
بصرف واحد ، من عدة صرفات تبين من مجموعها سعيه ، فلا يثبت اسمه بتصرف
فردى يثبت فيه سوء تقديره ، وعند كقول أول ما من سعيه ، وهذا محقق وجود
اسمه كافياً لأحكامه ، فثبت صرفه بلا ريب على كثير من من عاموه على اعتبار
أنه كامل لأهنية رشيد ، فلا بد أن من ثمة شهادة معاً سعيه يكون حسن

على يئنه من امره ، وذلك يكون بحكم التقصص واعلامه
 ثم ان الحجر سبب لبعث امر مختلف فيه بين العلماء ، من حيث اقراءه
 وعدمه ، اقراره ، فهو حقيقه كما عمت لا تفر ولا يفره ، فكان من الفقه وتحقيقا
 للعدالة ألا يكون حجر في مثله الا بعد قضاء الفضي ، يكون قضاؤه ترجيحاً
 لأحد القويين . وأحدنا يأخذ بالرئين على يئنه هدى ، ويضطر الى مصلحة الناس
 في كل مسألة يشملها ذلك الخلاف

١٧٧ وشبهه في الخلاف والأحكام ذو عتبه وهو اندي لا يهتدى
 الى التصرفات الرابحة فعمس في الموصات سهوة خدعه ، وأبو حنبله لا يحجر
 عنه حربه على أصله . وأحدنا يطرقه من أنه لا يحجر على باع عاقل الا اذا
 عرض به ما آف ثقله ، فاعجزه عن تدبير مفره فيحجر عنه دفع حرر العبد ،
 أم مذهب حنبلين وشافعي ومالك وأحمد وطاهر عليه صيغة منه ، ونظر آبه .
 وحدثت عنده من حبل مدي كل من في البياعات حجة في هذا الباب ، وفي
 واقع أن دا اعمه بشبهه مع السعة في تصرفاته من حيث فساد التقدير وسوء
 تدبيره ، وبالأف لأموال ، وإن كل السعة بعدد في لأتلاف سبب سوء رأيه .
 وعدمه بعد تصرفه ، وذو عتبه لا يقصد الى الألف ، ولكن سوء رأيه كان سبباً
 في سبب واتصيع ، وذلك تشبهت بحكمهما ، ولو عددهما باحث نوعاً واحداً
 مدحا في أعموات وما بعد عن التحقيق ، فبما في حكمه سواء ، وفي المعنى
 متفاد باب خذاً

وقد ابر عن ذي عتبه ، ضعيف^(١) ، وعنه المراد من الضعيف في قوله

(١) في تفسير القرطبي في تفسير هذه الآية : « ضعف هو بدول العمل
 الناقص القوة — الخارج عن الاملاء » . وهذا الضعف ليس بمره ، ولا اعملة . وقد جاء
 في اندلسي في هذا موضع أبف « أحد العلماء من يدع في سوح لغة حديثه ، وضعفه
 قبل يحجر عنه » . فاب يحجر عليه خذ وسجن ، وقد آخرون لا يحجر عليه ، ويقولون
 في المذهب مذهب مالك ، وصحيح الأول ، ضد الآية ، ولعموم في الحديث « ما بي
 الله » حجر على فلان » . فبصد حديث حديث ، فقد من حبل الذي ذكره في مدق رقم ٥٧
 وقد سبني دينا لأد حيقه في عدم حجر على سعة ، لأن بي حبل الله عنه وسبب م سبب
 لي لحجر

على « و » كان يدعى عنه الحق سبباً أو ضعيفاً أو لا يستقيم أن عمل هو
عليه بل عليه بالعدل »

١٧٨ . من قاصرة الأهمية بمعنى . وذلك أن عنه بعد شعبة من نقص
العقل ، فإن انتهى نصب في مثله أن كان معلوماً بحيث لا يعقل قط كل فاقده
لأهمية ، وهو المحبون عند الأخلاق كان عقل نقص الأمور ، فشيء من
كلامه كلام متفاد ، وشيء من كلامه كلام متور بين الغياض كان معصوها ، فالعقود
على هذا لا يكون « لا مبراً »^(١) . لأنه إن كان غير تميز بل كان معصوها لا يميز شيئاً
ما كان معصوها ، بل يكون محبوب . ولكن الفقه يدعي ضرورة مقرر أن لغة
قسم مقدس للمحبوب ، فلهذا عند أحباب يصحبه تميز ، وأحياناً لا يصحبه تميز ؛
وإن كان لا يصحبه تميز فمعصوه وقد الأهمية كالمحبوب ، وإن كان يصحبه تميز
فمعصوه قاصر لأهمية كالمعصى تميز ، ورغم ذلك من كلامه أو لم يأت ما يبيد هذا .
و لكن أكثر الكتب تسير على غيره ، مقرر أن المعصوه لا يكون « لا مبراً »
وإن فقد التميز فهو محبوب على ما قدس ، وهذا الاختلاف في التميز ، وليس بخلاف في
التفكير ، فلا تغير في الأحكام ، ومما يكر من شيء في عقده التميز كضعف التميز
في كل الأحكام ، وهذا قصر الأهمية ، « سنة الأداة » .

١٧٩ . - وما تقدم ذكره يستخلص أن قاصرة الأهمية هم الصبي التميز ،
ومعصوه تميز ، والسفيه ودو الأهمية على الخلف فهما ، وإن نقص أهمية الأداة ،
لا يمنع أن تحت أهمية أو حب كماله ، فيشت كل الحقوق التي أنشأها الله على غير
المميز والمحبوب ، ويتولى معاملة بها أولى أو الوصى ، وكذلك لا يشت من الوصيات
على قاصرة الأهمية إلا ما نسب على الصبي غير التميز والمحبوب ، فلا تحت عليهم
إلا ما يدرم أدلية خاصة ، أو ما كان فيه من عباد على حجة العبادة ، ولا يشت
وحوب العبادات ولا العقوبات . بل إن أسعفه ودا عقلة يستقر من هذه
الساحة كالملي الأهمية فيجب عليهم كل تمكيمات أشريعة من عبادات وغيرها ،

١ . عند ما سرت به جديده ، وكان حين من صباه ، وخر الإسلام برودى وعيره

بالتصرف ، وصلاحيه عمارته لأن يعتقد به التصرفات ، وكان مقتضى ذلك أن
تعمد كل تصرفه من غير رأى أو وصى ، ويمكن لحظ فيه غير سبب عدم
تصحيح تفكيره ، وكان عقله ، فترى صير رأى أولى به ، في مباشرة من تصرفات
غير الصارح وأن يقوم بما لا يشترط مما يمكن به مصحته ، وقد انتهى على هذا
مصر أن الصي أمير يبيع من فحل وأخيه أولى أو وصى بعد استيعاب
لدى لو بشره معردا محررا ، لأن حصة لأحد نصي ، وتولى التصرف
، نولاه بأية من وية ، أن نولاه بولاه خاصة ، فما نصم إليه رأى على كل
ذلك دفعه للمحر في تصرف ، فقص لأهله ومن ذلك ما في مقتوه المير وسمه
ودى أمه في غير موضع الخلاف ، أن يوسف ومحمد يريان قاصر لأهليه
عامة تعتمد بها اعتود ، ويمكن معجده عن معرفه عواقب لأمو ، ورعاية مصالحه
بب بعض عمنه لدى أحب بعض أهليته كانت ، لأنه في اعتود وسائر
بصرفات لأية ناولي ، في شرها وقد لأهليه يكون بطريق ، لأنه عن أولى ،
، نوى من غير أية توصف على حده لا ، انقص ، ويمكن لأن ولاية
بعد الولي لأيه ، فهو لا يثبت إلا ما تمكنه على ، ونرى ذلك واضح وأما
فقص لأهليه نفس فحل لا يبيع عنده ولا يثبت أولى أو وصى حاته ، لأنه
لا يملك ذلك ، فلا يملك الأولى لأن به ، ولا إحد به ، وشفعى رحمه الله رأى
، فقص لأهليه ، بسبب الاعتود والبصرات أنى ناولي حق مذهبهم ، يكون
كعاقده لأهليه ، وذلك لأن شرع ينعطى لوى حق مباشرة بصرفات ، قد
حكمه محذر ، بولى عنه عنها ، فلا يكون صلاحا مباشرتها عنه ، ولا بعد ولو أح
أولى ، لأن عمارته تصير غير صالحة عندهد لبيع من التصرفات التي حرم منها ،
، ولو صحت عمارته ، كان ذلك حكمه بداره عليها مع أن لشرع قد حكمه معجده
عها ، ثم التناقض أن يكون عليه وفى فيها ونحو أن بشرها نفسه . وقد
ترتب على ذلك أن يبيع الصغير ، وسائر باقى الأهلية وشراءه ونحوهما من
اعتود أنى حجر عنهم فيها لا تعتمد . ولا تكون موقوفة على احارة الولي .

كما لا يصح الادن - قصر الأهلية - بجملة ، لأن عموم التجارة كلها تعطى
بكون فهي مسبوقة منه ، فليس له قدرة عليها ، وليس من شأن الادن - يحقق في
دفع الأهلية قدرة حررها ، ولا أن يحل فيه أهلية سلبها

ويرى من هذا أن - دفع الأهلية عند الخفية عنه - يصبح بها العقود
والتصرفات ، وقد يصلح أن يكون وكيلاً عن غيره ، ولكن كل حقوق عقد الذي
يعتقد بمقتضى أو كاله يرجع إلى الموكل ، وبعد شرح المعنى بذلك - نسمة للصغير
ولفتوه ، أما دواعيه وأسفله فيما يلازم دو عمده تعتقد العقود بها - لأن
مخبر عييه للمصلحة وبصرهم ، وعند حدوث كشف الأسرار كله في أهلية السفيه

سحب لدرجته ، وهذا نص - « سعة لا يوجب حذراً في الأهلية ، لأنه لا يحل بالقدرة
بغير سلامة تركب - « فقد اتفقوا على حذره ، ولا حذره ، «
محل الكمال ، لأنه يكثر عنه في عمده ، فلا حذر على محض ، « ما به تتعذر وجن
محاسب - « لأن في أهليه - مثلاً ، ويحذر عييه في الآخرة ، « وإد بق أهله

« حمل أمية - « قد عر وحل - « وجوب حقوقه بقى أهله في حقوق انعاده ، وهي
مصرفات - « طرق الأولى - « لأن حقوق الله - « لا تحمل إلا على من
هو كامل الحول - « لأن في أن يحل في تصرفات ، مع أنه ليس أهله لا يحل
حقوق الله ، « وحل - « محله أمية ، « فلو هو أهله لحمل أمية ، « وفي أن يكون
أهله للتصرفات - « اه - « سعة يلازم أهله لأداء الحقوق ولواحد ، « ولكن
مع من التصرفات أمية رعاية لمصاحته ، وحفظ لأمواله ، وحمل له على الحاد -

١٨٢٥ - « وإذا كان دفع الأهلية له عمده تعتقد بها التصرفات ،
وتصرفات - « نسمة - « عند احتييه تنقسم إلى ثلاثة أقسام (١) تصرفات باصده
مع محله ، بحيث لا يكون ثمه ضرر فيما فقط كقبول أخته ، وقبول الكفالة ،
(٢) وصرة ضرراً محض بحيث لا يكون فيها أي مع مائة - « كالأعتراف وأهنة
والطلاق (٣) وتصرفات نفس الضرر ، والبيع :

فما تنقسم الأول ، فيعتقد ويعقد من دفع الأهلية ، لأن عبارته صالحة

الأعط التي تعتقد بها عقود ، وفي ذلك في تصحيح عبارته وثمة تعويذه
التحذرات ، وتحريره بها ، ونظير ، كس ، وإشعاره بمخاصة خسارة عدم
حادثها ، وما حاحه بتقيد هذه التصرفات إلى إحارة الوصي ، وذلك لأن
في عقله بعض ، وفي رأيه ضعفا ، ويخشى عليه معة تصرفه ، وفساد تديره ،
وعدم تقديره العقوف ، فكان لا بد من رأي الولى ، بعد هذه العقود ؛ فإن
خبرها حدث ، وإن لم يحدث نصت . والشرط في الإحارة أن تكون إحارة
معتبرة صحيحة . أن يكون تصرف منه يملكه وصى ؛ فإن كان لا يملكه لم
تكن إحارته معتبرة ، كأن يكون ناقص الأهلية فدفع بعض عقاره ، والوصى
لا يملك بيعه بغيره ، وإحارته لم تكن غير معتبرة ، لأن من لا يملك شيء تصرف
لا يملك الأول منه ، ولا يملك جانيه ، ولذا إذا دفع الميرس حذرا ، والوصى عليه
لا يملك البيع ، فإن عقده في حكم اعتد سلطان هذه صاحبه للتقيد .

١٨٣٥ - هذه الأقسام الثلاثة المذكورة هي العقود كلها ، خمسة للتصغير
مير والموت ، ولكن تصرفهم الشرعي يسرى عليها أحكام هذه الأقسام ، أما
خاتمة سى لعقبة وهذه هي تسرى فقط على تصرفاتهم ما فيه خاتمة ما عدا
الوصية والعقوف . وإن الأمر يحتاج في بعض تفصيل خمسة في عقود .

التصرفات هي ^(١) تصرفات لا تنقل سقن والمسح ، وهي التي تظهر
أحكامها بمجرد موت المصنف ، وهي في هذه الأقسام ، كما بدأ عند الكلام
في رخص ، كالنكاح والطلاق ، واعتنى هذه شرح منها ، وذلك لأن الفقهاء فرصوا
عبارات عليه ودى لفظة كعصرت الخزان ، لأن الميرس يحج كذا له على غير

(١) حاشي . يعنى في صحة حق من سعة ، ومن لا يصح ، ولكن في أي جهة
قال لا يعتق منه صحيح ، ولكن على عدد أن يعنى نفسه ، لأن متى ضمن استعارة ،
ونظرا للميرس من سعة ، فالسعة في رخص ، ولكن بين لال لا بد ، لأن لما فرغ من حجرة
وهنا رواه أخرى قوله لا يسمى الميرس معنى ، وقد عده رخص روح وحاشا آخر
بسط الأثر من الميرس ، ورواه صحيح ، ولم كان يروج كل يوم أربعين سعة
رواه ميسر ، لأن روح خارج عن نطاق الحجة ، وما لم يح

يهيج الغلاء تصد نعت بأعتراف بعدد رادة ما وضعت به به وشرى ، فكذلك
اسميه يجرح كلامه على غير هيج احتلاء ، لاسع شوى ، ومكارة العسل ،
لا يقتان لعقل في ذاته ، ولكن سوء الرأى والبدنه وعنه شوى والشهوات
الجامحة على العقل الفكر وإطفاء نوره .

وهو راج حسب ماى وان ما يكن مقصوداً مدته ، ولذا يصحح من السفيه
ودى العمة اروح ، ولكن لا يبره الامر انش شرط ان لا يتصور المسمى ،
فالمحب اذاؤه غفقتى ذلك رواج هو الأق من المسمى وهى مثل : ودانك لان
الرواج ما أكثر من مهر انش إسراف وتبذير ، فيدحل في صمن موضع المحبة ،
هنا من حبة ، ومن حبة أخرى قد قرر عنه ، ان الرواج في ذاته لا يؤثر فيه
الهرل ، ولكن تسمية مهر للهرل ترهيب ، وانقرضت فيه ، ان ما لا يؤثر في صحته
الهرل يصحح من اسمه ، وما يؤثر الخلل في صحته فهو موضع حجر سفيه ودى
العملة ، فمعه سيرة في مداها ، ولا استبداء فم

أما التصرفات التى تقبل الحقد والدمع كبيع والشراء والأجارة والمراعاة ،
وما يعبر عنه في باب النكاح ، فلهذا صحح ان تترجى كراهه عن أسدنه ، ف
ما لا يصحح مع الهرل ، فهذا النوع هو موضع الحجر ، ونجس فيه الأقسام الثلاثة
لتى ذكرها ، إذ يكون السفيه ودو معه فيه كالمسى الخير والمعتوه ، غير أنه
استثنى من ذلك تصرف قد فعل المعتوه بهما يجوز من السفيه ودى العمة ولا
يجوز من الصغير والمعتوه ، وهما الوصية ، ثبت في غير سبل فسق بحث يبيع
أن توحد من أهل الصلاح والتقوى ، كأوصية في سبل بر له كمين أو بقراء ،
أو بعض قرأته غير الوارثين أو نحو ذلك ، لكن وصيته لأهل الفسق والمجون
كوصيته لمعبه أو رقة ، أو نحوها فلا يصح (ونابها) لو وقف على النفس ومن
دعه على درسته . وقد كان القياس ألا تعتد وصيته ولا وقفه ، لأبهما تصرف
يعدان من باب الهبات والصدقات ، وذلك لا يعتد من دى لأهلية القاصرة ،
والنكر استحسن الفقهاء صحه الوقف والوصية ، لأن لو وقف على نفسه ، ومن
دعه على درسته ثم على حبة بر لا بعد إنطلاق الخلل ، بل انه صيانة له من أن تقع

أمة رات تحت سلطان الأصناف والسدرة ، من غير ضرر يلحق بوثقة في ذلك
المصرف ، فهو بعد احتياط من سوء العقبى يفعل كثير من الموشدين ، وأما
أوصية خذرت لأبها تصرف مضاف إلى ما سدد الموت ، وإذا كانت على طريق
ما يفعله أهل الصلاح لا يتغيره شيء ، بل يسهل أفعاله لأخروي من غير ضرر
ديوي (١) .

وعند لحص الأمام محمد الثاني بين اسمه ودي العنسة وبين أصبي المير
ومنه في أربعة أمور قل ، والمحجور (٢) حرة حتى إلى أربعة أهداها أن
تصرف أصبي في من الصبي حذر ، وفي مال المحجور عليه باطل ، والثاني أن
أعز المحجور وبه وحرقة وسكحة حذر ، ومن الصبي اصل ، والثالث
لمحجور عليه ، وفي عينية حذر من ثلث ماله ، ومن الصبي لا محجور ، والرابع
حرة المحجور عسرة إذا حذر ماله ، ودعا تحت اسمه منه ، ومن الصبي
لا يثبت

١٨٤ غدا ، بين ذكرهم بتدوين مصري لأهنية ، وعيهم من
أهنية من مذهب كامي الأهنية ، ونصرة عامة مصر كامل لأهنية كل عالم
عقود رشيد كما ، سواء كان ذكراً أم أنثى ، وسواء أكل سمحاً أم
محرماً ، عادت قد لعقبه سلمة ، عنه أن المرأة احتسب بعض الخلاف في
أهليتها لإنشاء العبارة التي سندها عقد الزواج ، والمريض اختص ببعض
الأحكام لتعلق حق الورثة والداشرين بماله ، ولتخص كل واحد منهما بكلمة :

(١) اعتماد ما كسبه في الأذهان المصرية على أنها حرة الأسماء المبررة بالبيع باب
الأهنية وعوارضها ، وكذلك شرطها ، واستقر وأبعد جزء الشرط باب الأهنية
وتدوينها ، وأحكامها من لم يحدد من عهده على « دون كان يدي عهده أطلق سمياً أو
حدها ، في محله الأول ، أحكامها على أنه يبي المبررة حسن عهده على « ولا يؤمنوا
السنة في حكم » ، معنى حسن باب المحجور وفيه القدر « مع باب المحجور ، وأن عاقبين
حسن ، والشرط « من » ، وأشد وأشد المحجور « في حذر » ورسمه الأهنية وعوارضها
لأستاذنا أحمد إبراهيم بك .

(٢) المحجور المراد به الصبي .

أهلية المرأة في الشريعة الإسلامية

١٨٥ - تعصى شريعة الإسلاميه المرد من الأهليه ، سواء كانت أهليه وحبوب أم هنيه ذاء . متعصيه الرجن ، هم ديبا على سوا ، عند جمهور فقهاء ، فثبت للمرأة من الحقوق العامة وغيره ما ثبت لرجل ، ويحب عنها مثل ما يحب عليه ، وما لحق في العادة ، وما سيرة الأسس التي بشي ، العادات وتوجب حقوق ميرها ، مدايت عاقبه مودة شيدة ، هم دمة صاحبة كل الاتراعات ، وهما ردة مستغنه تشي ، بها تصروف نقرها الشرع بدونه ، نسبة لأهليتها الأولاد ، وهي أهليتها للعصمة ، ومما شدة لتصرفات لشريعة يجب ملاحظة ميرين .

« أحدهما » أن الفقهاء اختلفوا في صلاحية عدايتهم لأشياء عند الكفا ، مع انقائهم جميعاً على أنها حرية امصحة في اختيار الأرواح ، لا يحمل على روح ، لا عرض عيها رجن حينها فرصة من غير رصدها ، ولا فصل عن الزوج الكف ، قال أماء ونسأه ، وعصوها من احتارت روح تعصى ذلك غير ، وذهب عنها هذا الأيداء ، ومكسبها من بواج من ارتبسه مدايت من الأكفاء ، ولكن الاختلاف بين في حرية الاختيار ، من في كونه الكفا يعتمد مودة نسب ، أو لا يعتمد ، فجمهور عنها على أن الكفا لا يعتمد مودة المرأة ، وإن كان لابد من رصدها مدايت أمة رشيدة ، وحذف أبو حنيفة وبعض أمهه ^(١) الجمهور ، وإن الكفا يعتمد مودة امرأة الرشيدة ، لأنه حكم أولاد ، والذات ، وهذا السطاس المطلق عليه ما دامت لم تشي ، في زوجها باحسده غير الكف ، ولكن مع ذلك تقرر الحفمة أن استحسن أن يتولى الأوياء عنها الصفة من غير اراد ، وإن بونت هي صيغة لغت غير لمستحسن ، وما عدت ولا ضمت ، ولا تحت ، ولا

(١) وقد روى عن أماء محمد أن المذاهب شركة بين أبي والبراهة في شيء ، معنى أنه إن روحها رقت على حرمتها ، وإن روحها رقت على حرمتها

تمت ، وكلامهم بعد ، لأنه في حدود سلطانها ، وكل فريق من حقه ، وحية
هو مولياها .

فوجه نظر في حسمه . ١ - ورود آيات كريمة ، صفة الزواج اليها ،
ومن ذلك قوله تعالى : « من خلقهم فلا شيء له من بعد ، حتى تنكح زوجا غيره .
من خلقها فلا جناح عليهم أن يتزكروا من قبل أن يبرأ الله » في هذه الآية
كريمة صاف الله سبحانه ، تعالى نكاح اليها . وهو حدث ، والحديث صاف
في قوله ، فاصفة اليها ، على غير ما عرفت ، لمعارضة لفظة عيب ، ثم
للمفسر ، وتعد صاف الله نكاح اليها . بين احدهما في قوله « حتى تنكح زوج
غيره » وثمة في قوله « أن يتزكروا » ، فيصيح ، يشئ في أن تلك الاصافة
تسب على اعتبار ما صدر عنهم نكاح بقره شاع . والا فاصفة نكاحها ، وما
سوى ما كان معها ومن زوجها الأول بعد طلاق شيء تزكوا ، وعودا للقدم ،
ومن جهة ثالثة قد جعل هذا العمل مما علة ، محرم وانما له ، ولا يبيح تحريره
شرح الأمر بغيره شيء محال بعد ذلك للتعريم ، ومهيبة له . وذلك لا يكون
إلا اذا اعتبر لشرح نكاح صادر عنهم ، صاف بها شرعا من كل الوجهة

ومن آيات كريمة حتى أصيب المصاحف فيها ليرتد قوله تعالى
« وإذا طلقتم النساء ، فممن أنهن مالا يصلوهن أن يتكفن أزواجهن » وقد
أصاف النكاح هنا الله ، من على أنه يصير ان نشأته وتحدث عااته ، وهو
ذلك في الآية دلالة أخرى على أن الآية هي كماله ، وليس الأولى ، عيب سلطان
أن احتار من الأكل . لأن في الآية هي الأولى ، عن معناه من الروح
بالأكل ، وفيه هي عن العمل ، وهو السابق صفة ، وذلك يكون بمعناها
من رواج كلف ، وهي عن شيء يشئ أنه غير حق ولا رصده لشارع ،
هي الأولى ، إذ عن الجمع من على أن مع الناس من حقه . ولا يسوع هم ،
والك يدل على أن المرأة كمال أولية في اختيار الأكل .

ب - ما ورد من الآثار مشة أن المرأة تمت بنفسها وأن ليس لأحد
عنه من سلطان في أمر الزواج ما دامت تتحرر من غير به دووه ، من مثل قوله

عليه الصلاة والسلام «الأيامُ أحقُّ بنفسها من غيرها» والأهم من لأرواحها، وقوله عليه السلام «من سمعني مع اثني عشر» وذلك يدل على أن كل واحد من الأرواح لا يملك لنفسه نصيباً من الشارح صحيح عنه ، ولو كان راجعاً لا يجوز أن يقول :
 لكان له أمر معها ، وذلك يناقض الحديث

١٠٠ - أن الولاية على الخمر لا تثبت بالضرورة ، لأنها ساقى مع الخمرية .
 ١٠١ - منتهى خمرية أن يكتب الشخص مستقلاً في مورد مدرجاً بكل شئبه : لأنه
 سلطان على شأنه ، لأن عدم تصرفه في غيره ، من شأنه : ومع عدم السكك
 لا يعمارة الأديب . ولاية تثبت من غير ضرورة ، يها . ومعاقبة مع حرية المانع الرشيد
 من ، بر حجة قاطعة ، لا يمتنع ، تثبت الولاية قبل الأثر ، كانت لا بعد
 تثبت نقصان مدرك ، ولا يحرم بعد الموعود والرشد تثبت كامة . ومع السكك
 عبادة النساء ، ومن جهة ثمة قد قرر الغلبة ، إلا من شأنه ، لأنه كامة على
 ها . تثبت كامة بأربعة أوجه ، ولا فرق بين الأمرين ، معطى كان الولاية
 واحد منهما ، لأن معطى كان الولاية النوع مع لزوم ، وقد ثبت كاهما في ،
 وثبت في أوجه ، من جهة ثمة قد ثبت لأمي ، مجرد لونه عاقلاً ولاية
 مع ، واح منه ، تثبت للغة مجرد ، طرفي عيسى من عنه ، لا
 في من تذكر ، الأنبياء ، عنه مراح ، فإذا كان رواج خطراً ، فهو خطير عليهم ،
 ، إذا كان في أروج احتمال غير ، لأنه ، عهد الاحتمالات ، اسمه للفتى ، لأن
 لأولاد من حصص النساء بحر الأميرة ، ويحب لها شرب ، فلا معنى مع
 بعد السكك من الثبوت ، وحريته من الخمس ، إلا التفضيل من غير سداد يعتمد
 (١) عامة

١٨٦ هذه وجهة نظر في حيلة وفتن لفتاه في صحفه انعقد الكـ
بمارة مرة الرشيدة ارا احقرت كفت ووجهه نصر الجمهوري مع لفتاه لـ
مارة لفتاه

(١) قوله تعالى في بيان عظمة ذنوبه عن "حكام برآق" لاحصاء غيره الذنوب، وحكمته
عن الفقهاء اربعة اشياء وهي جوارثي وعملية فاعلم ان هذه هي التي لا

١ ان الله سبحانه وتعالى اُصاف الاسكاج الى ذؤيب في قوله تعالى « تنكحوا الأيامى منكم ، ولصالحين من عبادكم وامانتكم » فاسكاج اذا اُصيب بهرأة في آوى اقرار الحكم فمفسر ان آثره ترجع اليه والى روحه ، ولا ترجع الى الأولياء ، حكمه ، بل الذى يرجع اليه منه إما لعار وإما للعار ، وإنما الاسكاج وهو احد ث عقد سكاج فقد اُصيب الى الأولياء ، وهو من فى احداث عند اروج . مثل ذلك قوله تعالى « لا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا » فى مثل « ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا » هذا كان الفهم معناه سؤى صبيغة اعند للرجل اُصاف سكاج وثره ابيه ، هذا كان الأمر متعده تروج مشركين من رب مملكت ، لم يجعل الخصب للفساد من ذؤيب بل من سبى لهُ عن الاسكاج بل يعنه واللبس الذى فى ولايتهم عندا على مشرك ، وفى كل هذا كانت يصادفه اصعبه للرجل . مع انها كانت يعنى ذؤيب ، ولا يعنى سبى ، هذا كانت الاصل فى كونه من اولاديه ، فالولاية للرجل ، وليس فى تمام كذا عداة اُصاف الاسكاج فى ذؤيب .

٢ ما ورد فى الآيات من انه صلى الله عليه وسلم « انكم من ترضون دمه وحقيقه دمه » الا بمعناه كمن قسمة فى لاص وقصد كبير « ومن انه صلى الله عليه وسلم « فامارة تنكحت بسبب غير ادب وهو فسكاج ماضى بصل بصل . وان دخل بها فبغير طهر اُصاف منها ، من اسجد واستسبحن وفى من لا يؤمن به » فاحده لم يمدى وفى فيه حدث حسن ، وحدث ان عباس « لا سكاج الا عين وشاهد على » وعنه ذلك من الآثار ، وكلها تنادى الى معنى واحد ، وهو ان سكاج لا يعنه بعدا . بل الى قوى اُصيفه ، واشاءه الرجل .

٣ ان اسكاج عظم الخصر ، بعيد الأثر ، عميق المعنى فى حياة الرجل وامارة ، يرتبط به بين شخصين بحدة مغلدة ، ان سعدا به ، وهو باسمه لأمره لمرة من البحر حريه ، وامان محبت شره ، فأمارة لمرة يقتضيه روح فتياتها من حبس ، والرجل لا يقتضيه ولا يقتضى أمره ان يتزوج من

أخسبه : لأن عقدة لكاح منه يصح أن تعد منه . وبقصدها أن اشغته . ذلك كان
لأنه من اشتراط أوامره ، لم يرد معها في رأي . ولا يصح أن تغرد ذمهم لأن معنى
أرواح لا تعود عيب وحده . بل تعدى إليه إمامنا لأطيشان وإقرار ، وما بالألم
وعذر ، ولا يصح أن نقيس حاشا على جان ابن الرشد ، لأن رواجه لا تعدى
صرره أو سعده أن غيره إلا وشش قبل ، لا محض دلا ، ولا يبلغ عر

نم من معرفة أحد رجل . ومكون بقوسه . وحسن شوبه . لا يتم
لا بالمسح والمخط ، ونقصي خواصه ولانصافه . ومعرفة كفايته . مرة
في روح تستعنى كل حد ، وهي لا سم مرة التي ترق في دينه . وتكمل في
أهله ، أن حتى في مشي الأسواق ، لا تنبع عن محضه الرجل ، بل لانه هذه
اعرفه إلا الأقرب والمبشرين والمخاضين ، ومن أسهل على الرجل أن يعرف
به ويستقصي أخبارهم ، وله من هدوء النفس والأصطناع ما يعجزه بوان . يقاس ،
حتى قبل أن يفتي حاره ، أنه أضل لأرجح . أما مرة فقد تدومها عورتهم أو
مدحتهم ، أو أربعه الحامه في أن ترى حسد من نفس بطش ، وكفهم من من
ناكفهم ، وكثير ما يحدث ذلك عند ما يحق الحمل على العرب فكان من
مصلحتها أن يشترك غيره معها في ذلك الأمر الحاصل الذي يتبدل في حجاب كل
فيسعدوها أو يشقى . ولأنه من أن يكون فيها ، وهي في عقد رواج

وال عقد رواج عقد سطر إليه الإسلام ، بل كل الشرع نظرة تقديس ،
فمن كصفي في الأسواق وم يشبه من يعود ، لأنه تتعلق بالأصاع
والأساب ، وحفظ مع الانساني على أن كل وجه ، فكان لا بد أن يحوطه
الشارع ببعض الأوامر الشكويه ، فحصل الاعلان أمسا لا يفقده ، وكذلك حصل
من تقديسه ألا يتولى عماره إلا ارجح ، وعرف ساس في كل الأعصار يسير
على هذا ، ومن بعده يصور إليه بظهور من شدي تصرفه ، ويخرج عن
الحدا الذي يسعى ذلك لعقد من الشدس والتقدير ، ومما قال ابن تيمية في هذا
المقدم ما نصه « أمر مؤمن والشهود وبحو ذلك مألعة في غيره عن السج ،
وصيانة للنساء عن انفسه » سعي ، حتى شرع الصوت بالدف ولولمة الموحية

شهرته ؛ وهذا أحد في الأمر امرأه لا روح نفس : من معنى هي التي تروح
نفسها ، وأمر فيه بالاشهاد أو بالأعلان ؛ وسبب حميد ^(١)

١٨٧ — هراهم لأمر مني اخلف فيه القضاة ، منسقة لكل أهلة المرأة
من حيث المقود ، وليس الاختلاف في احارها ؛ لأن أحدا لم يجز اجبار البالغة
الرشيدة ، على الخلاف في أن ف أن مفرد ث ، صيغة لأواج دون الأوا ،
أولا ، وصيغة ذوق ، تنصيح عدها ، ذات ، عقد الكساح ، لا ، أم ، جدره ، نفس
لأحد عدها من سبب ، منه فها أن ترفض من ث ، ومن تحذره أن كل كذا
وامتنع الأوبيا ، عن عقد كل دت منه منها ، سبلا ، فترفع لأمر في القضي
يتولى هو الشاهد ، صمعه الشاهد ، يسب عده ، فهو هي من لا يؤي له ، وقد تنحى
هؤلا ، عن ولايهم نصههم ، فتتولى هو دورهم

أمر لأمر الثاني ، فهو خلافهم في كل ولايها له ، وهو خلاف أول
ذكر أم الأول ، وهو خطر ، من روى به موضع اجمع لا خلاف فيه ، ولكن
الأصح رده به الخلاف ، وجهه الفقه ، على أن المرأة سامة لرشدة لها الحرية
سامة في كل مدها ، يس لأحد بابها من سبب ، سواء كان وليا له روحا ،
لأن الرحمن والأبني ماسة للأموال سواء ، وحاشا الجمهور مائة رضى الله عنه
في رواية عنه ، وكاتب محاسبة للجمهور في موضعين « أحدهما » منسقة للملك
الامة ، فهو رى أن الحجر ستمر وإن سمعت عفة ، حتى تروح ويدخل روحه
سها ، وهي بذلك محبة للعلام ، لأنه يرى أن رشدها لا يسر ، لا بذلك ، سكوتهم
في حال تكرارها محبة ، لا تعاقب لأمر ، ولا تنزل للمدس ، وتبقى حاله غير
حالة ، فانه مدبره وملا فانه للناس من أول شيء إلى بلوغه يحصل له الاحترار ،
ويكمل عقله بالملوع ، يس ، ليس منه الرشدة ، فيحصل تعرض ، ويرى مقصد
شارح ، يستقر الحجر على العدة ماء تروح ، واكتب ذات أن ، واذا كاتب

(١) جزء الثالث من ديوان في حث المقود والشروط ، وقد استعملنا هذه
الأداة من مدونة محمد حمزة ، ابن وأحكامه ، عن قنقري الجدة الثالثة ، والفروق الجزء
الثاني ، ونسألم اعزها

بيعة ، ووصي يسير قائم على ما له حتى يتروح أو تعس ، ويحمد مالك في
مخافة الجمهور ، أنه لا يعتبر انكر رشيد ، ولا مؤتب ، شهد ، والله قد باط ولاية
الذل ، ما من رشد ، في قوله تعالى « و آتاهم من يشدك » فادعوا اليهم
« ما ايم » ولا حجة سوى هذا ، وما لا مد قوله راجحاً ، بل اوى عنه الموافقة
لجمهور أهل الفتنة في هذا ، لأن معنى والفتنة في السلطان على اهل سواء .

« ان موضع الشئ » ان ما كبرى أو امرأة المروحة الرشيدة لها ان تعتد
صفقات في ما له ، فبأن تعتد كل غنود الله ذلات ، وسكن من هذا التبرع من
ما من غير اذن روحاً ما أكثر من الثنت ، وهو : اية عن الامام احمد وصي الله عنه ،
وعاد هذا التعلل أنه روي أن مرة كتب من مالك بنت امي بحلى لها ، فقال له
صلى الله عليه وسلم « لا يجوز لامرأة عطية ، حتى يأذن زوجها » ، فبأن استأذنت
كفماً ، فكانت نعم ، ثم انه رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال هل ذلت هذا
تعتد في نفسها ان نعم ، فبأنه « ولأن بزوج » من الحق في « ما » اذ مادة ان
المهر يرد ويقتضى تعديله ، فبأنه « فبأنه » فبأنه « فبأنه » فبأنه « فبأنه »
وبأن كافر من في تعاقب حق المروحة نفسه ، وهذه كما يرى صحيح لا عيب أمام
عموم المصوحين في حداثته ، لا به الا به ، الا به ، وشموه ، لا كره ، والأشئ على
سواء ، والحدوث ، في يحمده عنه نكرة أكثر اهل ، وقد ردا ان حرم على
مالك رداً فبأنه مضراً في بحلى ، فبأنه « فبأنه » فبأنه « فبأنه » فبأنه « فبأنه »
من القرآن ، ولا من اهل ، ولا من ، واية نفسه ، ولا من قول صاحب ولا
تابع ، ولا أحققه ، لا رواية عن غير من عند له ، قد صح عنه جلاله ، ولا
من قياس ، ولا من روى له وجه « ثم يرد قياس مرة على امرئ ، وشت
بصلابه وجوه (أحدث) ان المرأة تحبحة ولا يصح فيس السحيح على امرئ ،
وثيب) أنه لا غلة تجمع بين المرأة صالحة وامرئ ، ولا شبه بينهما ، (وثالث)
أنه لا تشابه بين حكم تبرع المرأة في رعيها ، وتبرع امرئ لأن المريض ممنوع
من أكثر من اثلاث ، ما المرأة فيسمح أن تتبرع ثلثاً بعد ثلث ^(١)

وفي الحق ن رأى مالك رضى الله عنه رأى منتهى لا عمنه على سداد
قوى من نص ، ولا مصاحبة مرسية ، ولا سحر من مستقيم ، ولا قياس يقوى على
مدح محكم منتهى (١) .

المريض بمرض الموت

١٨٨٥ عند قرعته ، ن حق أورثه ولدائين يتعقب دمونه المريض
مرض الموت ، له الموت مستوفى ديونهم ، والارثة يسد شبه ختمه في الثلثين ،
وكيلا يثر أحد الارثة على غيره ن أكثر من أعطاه الله ، فقد فرض الله الفرائض ،
وقسم الموارث تقسيمه العادلة : لهذا كان المر من مدع من كل تصرف يؤدي
إلى الأضرار ولدائين أو ثلاثة . كل فيه له من حق ، بيد أن به حقوقا تتعاقب عليه ،

(١) هذه صفحة من صحيفته لاسلامية ، وقد أعجب بها رأه حرية كاملة ، يبا
أكثر ، ربيع الأوردة ، يعظم الله امره ، في روح و مطالب شديدة في سرية
الله به لم يعد له ، ولا على اختيار القرين قبل الطامة والعقرون لائق والحده
ويعبر من هذه فلا حيز روحه من غير رضا الول قبل هذه السن ، وبعد هذه السن إلى الله
لا من لا يستثنى ، وأن من أعطاه الله روحه من حبه لا يصر في روح ،
وأن في هذه الدنيا ، قد كان يرى أعطى له أنه حرية كاملة في دوره أموه ، به من السماء
وشد مالك رضى الله عنه في به ربه ، فلا يرجعه ، أكثر من الثلث ، أم
الشريعة ، غير أنه في به ربه ، في عصر ، به أنه مبروكة قصة الأهدى في به ربه
بأنه ، فلا يتطوع أن يبره به من به ربه الأموه ، في يكون سره به ربه وذلك على حسب
ما يقتضيه روح به ربه ، من ذلك أموه ، في يكون سره به ربه ، ومن هذا من
درسه الأموه ، في به ربه ، ودره أموه ، لا يكون لا ربه ، به ربه ، لا ندر
أموه ، به ربه ، به ربه ، في الأهدى به ربه ، وحسن الاستيعاد في دروسه
حبا لله العلم ، ولو كانت كاله ها شاء فلم يحسن ويرفع ، بعد من قامهم الأمش ! على
أنه يس لمراه لمروجه أن تصرف في حرده ، به ربه أو شره أو ربه أو ربه ، به ربه أو
به ربه ، إلا إذا كان مع روحه في به ربه أو أجرا ها ذلك كنهه إلا إذا كان نحره تحت به
ويعس لها أن تخاصم أمام القضاء من به ربه في شأن من شؤون ماها ، ولو كانت من
روحها مخا به ربه عن الحق وحسن ، ومع ذلك لأن من صفاتهم ومن عبيد في الشرق
من برع أن الشريعة الاسلامية يجعل بره ربه ربه ، وشريع الأوربية يجعلها
حرية الحر .

وحالات تعفى منه ، وضرورات تدفعه الى الأجد ، فوجب ادن مراعاة حاجاته
شخصية ، ومراعاة حقوق ادنس واورثة ، وذا كانت عبوده اسرثر تصرفاته
شرعية حاصلة هذين ما يوجب ، فان كان تصرفه من حاجاته الخاصة أو يفسد بها
كل حارحاش دائرة مع ولو كان من حقوق ادنس واورثة ، وما لا يضر من
محدث مستحقة ، وفيه من يكتفى بدائيه ، اورثة ، فهو من اسع ، حتى يحل
له ثوب أو وارثون هذا حال ينظر له امة تصرفات اثر من ، وهو احوال
لا يعنى عن نفسه ، بل لادن من التفصيل استبين انظر به محدود الأجزاء ،
و صحة به

فمن أن يجوز في تفصيل احوال بين حقيقة مرض الموت

§ ١٨٩ دأردن يعرف مرض الموت بأنه بين به حقيقة وماهيته
و خواصه ووصفه كحد أنه بين من العريضة العنيفة للعقب ،
غير أن المشاع هذه العريضة محسنة في عبارات ، استدرة في صواهاها ،
يحد معنى لا يكتفى به ، وهو أن مرض الموت يجب أن يتحقق فيه أمران
أحدهما أن يكون مرض يحدث منه الموت ، و شهاد أن يعرف الشخص
ف فعله من متصلا به ^(١) ، فلا ككأن كحد احتلال بين العقب ، في أن هذين
أدري لا ، من نكتهم ، لكي يتحقق وصف شخص بأنه مرض مرض
هنا وسكن احتلال العريضة انه تدور حول الامارات ، لأوصاف ظاهرة
تقرب بين أن مرض مشتمل على وصف لأول ، وهو حد له الموت عابدا ،
ثم قال ان من فمارة أن يكون شخص صاحب فرش ، وهو الذي لا يقوم
بحاجة في سبب كما عده الأئمة ، ومن قال أن علامته لا يخطو الا حصن ثلاث

(١) أهله و عريضة الأعداء ، حتى لا يجد ان هيم باب ، و حد في معنى ما
في ان عابدين ، و حد في ما ، أن يكون عريض حد باب ، من بين بشره ، و ولي به انجبه
في أو البية كما به صاحب فرش ، من به ككأنه مرض به ان فمارة لعنه ، لو عاب من
حد ، من به ، فهو من موت ، وان كان حرج من عاب ، و به كان يني المصدر
سبب ، ثم نقل عن صاحب عيج أنه ذكر في الأصل من أن من عاب في الش حد حوصه
فلا بد ، لا ككأنه صاحب فرش

نظر دقيق . من هو روح الله في مرض الموت . وهذا غير في الأصل عن محمد بن
مرض الموت هو الذي يحرف فيه المذلة : فالمذلة هو خوف مرض الموت ، ولهذا
وحيث أن يكون كل علة القاصي الذي يحرف في أمر يتعلق بتصرف بعض فيه
تدوره في حال مرض في البحث عن الأمراض والشواهد التي تهل على حال
مرض الحسية ، أعني أنه من أس من حدة صدر لتصرف تحت تأثيره ،
ثم هي حال الصعوبات وقراء النفس ، ورجاء في الحياة ، وما فيها قد استغرق
النفس ، ستولى عنهم : لأنه إذا حصل القاصي كل علة في تعرف ذلك ، فقد
سار على سمت الله ، ورجاه وسمه . وفي مرض الموت : إذا كان كما يبدأ في
تقيد تصرفات مرض الموت هو الحشيه من أن يكون قد تصرف به
تصرف . من من حقيق . والله الذين ما يتقدم من بعد الوفاة .

ولأن المذلة الذي كان سار في شمع الأحكام متعنه بمرض ، هو حدة
موت كما يبدأ الحق بالمر من كل الاستعداد لأقوياء الذين يكونون في حوس
محبته يروون الموت . فبعب عبيدهم . من على رجاء ، وأول على الحدة .
وهذا على حدة ، من هؤلاء .

للمادة في المحرمات ، والله من لدن الله ظاهرة وطاعة
متطورة ، وأمسك الله وكان من المعلوم ، في هذه المذلة يكون شخص
في حكم المر من مرض الموت : لأنه يتقرب الموت في كل آن ، أو لا يدري تقع
على الموت . ثم يقع الموت عنه ، من تصرف تصرف فيه . من حقوق الدائمين
أو الورثة ثم مات في هذه الحال كان تصرفه موقوف على إقرارهم في غير ذلك
ثم يستبين في باب سائر حكمه

ب . من قدم للنفس ، مو ، كان لسيف أحلام قود ، وقصاص أو حد ثم
يسف ظلم عدواناً فهو في حال تعرف التنف وإهلا ، قد عتب عليه النفس على
خيانة ، فهو كالمريض وإن لم يكن

ج . من ركبا البحر فتزوج منهم وصطرب . واصطفيق بالأدي ، وجاهد
لزوج من كل مكان ، وضواهم حيطهم ، وحاتهم المواقف ، حتى علب عليهم

ن لا مسحة لهم من عم فيه في هذه الحال يكون كلرصى : . ن لا يكونوا
مرضى

د المحوس أو الأسير اذا عرف الخاس المقتل الخمسين ، وكذلك
اذا جرى لعرف بين الأسيرين قتل الأسرى ، فلا من ولا قضاء ، بل قط
للقاب ، وحصد للأرواح . في هذه الحال أنت يكون المحوس والأسير .
كلرصى مرض الموت ، وهذا رأى أنى حيفة وابن أنى بنى وأحمد ، وأحمد قولى
شامى و يروى أن الحسن المصرى كان يرى أن الخمسين في حسن المحجج
يسرى عنده ذلك ، لأنهم كانوا يرحلون في عساته ، فلا تعلم نفس ما حتى ما
من حية و موت ، فيروى أن المحجج لما حسن ارس من معاوية قال الحسن
المصرى . عس له من ماله إلا الثلث ، لأن من دخل حسن المحجج ما كان
يرحله الحسن حياة^(١)

ه الحامل إذا ثقب ، وصارها ستة أشهر ، فيها إذا وضعت الى هذا
الحد صارت تنوق الولادة من وقت لآخر ، والولادة حال تكون مرة فيها
بين الحرف ورحا ، وبين الحياة والموت ، فربى كانت المرأة تحشى الموت فيها
فمنصرف تصرفت تكون فيها سرور وورثتها أو دثيها ، وقد أخذ منها سعيد بن
الطيب ، وعصاة ، وفائدة ، مالمك ، وحامها ابراهيم السجعى ، ومكحول ، ويحيى
الأنقى ، ولأدراعى ، والثورى ، وأبو حيفة و شامى ، وفأوا انها تنصرف
تصرف لتصبح . حتى تكون في المحص ، في هذه الحال تكون كلرصى .
وذلك لأنها قد ذلك لا تنوق الموت ، ولا تعرف سبب الحمل ، بل المعتاد الغالب

(١) كان يحتاج ضاعفه من طمأنينة فاسا ، يروى أنه في ذلك وحده في مسحة
عشرون ومائة ألف سجين لا يعرفون دينهم . وقد مر على صديقه في السجن مرة فحوا
اليه يشكون ويصرعون ، قال « احشوا لها ولا تكادون لا وتعد كان رأى الحسن المصرى
فيه يقضى مع ما عرف عنه من عبوة ، يروى أن رجلا كان يوم مات المحجج امرأته طابق ثلاثا
ن دخل المحجج احش ، ثم راع نفسه ، فاستبقى الحسن عس له - اذهب وارجم امرأتك ،
ن دخل المحجج حش لا يصره الرز ، فلا عجب بعد ذلك اذا رأى الحسن أن من دخل حسن
المحجج لا يرحو عده ، فيكون كلرصى مرض الموت وإن لم يكنه .

المعروف أن الحزن نعت الأمل على الخوف ، وأحياناً تكون مدة الحزن مدة استئثار وسره ، ومن من بعد أن يدسه أتمه ، وسها حتى قبل ولادة معتادة تكون في حال سرور وأمان فبعض ترجوه فقرة عن ، حتى اذا حدث في الخاص وأصابها آلامه ، وهي مبرحة شدة ، فقد يدوه أيا من شدة الأم ، وعروها ، فبعض من من سرور به . في هذه الحال ، يصح أن يقول : إن تخاف الموت ، تنوقه ، بعد صرف حيث تصرفت بشره بالهشيم وسره فتكون كالريض في أحكامه .

وفى روى واحد من أخفى و سافى في القول شأى له ، حاض في سرورها كاصحح وركب في محض ، لأنها لا تنوق موت ، بل الاعتناء والأف والأعنة في أوبد نوحها دأماً ربح الأمل على شئ ، وأربعة في حصة ، وشئ الولادة وبوقها بعد عيب وكرة الموت ، وركب كانت في شدة الآلام .

و - سرادق تدهم مع انقرب ، في هذه حال يكون في حال خوف منها الهلاك عاب ، تكون كغير من ، وتكون بصرفه التي نفس الهلاك و ما من مصفة الأمر به فتوقف على احاطتها^(١)

١٩١ - وهذا من أمراض تتدرج و طول كاسل ، والسرطان ، وشئ والجلد ، وأبرص ، ونحو ذلك من الأمراض التي طول مدده ، فهل يكون الشخص في مرض موت بها يصل مدد الأمر من قد أحب الفقه ، عن ذلك بأنه إن حب مدة مرض ، ونصح لا يخاف موت منه كاشش أن تقاد و غير أن يخاف الموت منه ، في هذه الحال يكون المريض كاصحح ، لأن مدده ، وهو خوف موت المدى جعل من مفرقة بسر أن صرفاته - لا وجوده ثابت احتلف أيضاً في أمراض المدى اذا تقاد أصبح لا يخاف الموت منه ، فمهم

(١) اعتمد في عيب من موت على من عابدين حده سار ، وبربى شه ، وجميع القديس الرب ، وجميع من ، وحت لا بد كبر الكفور محمد كاسل ، رضى ش مشود في محله ثوب ، ولا يقصد به . مدد عند سار

من قال انه هو الذي لا يتراد يوم بعد يوم ، من سمر على حال واحدة ، كالثقل ، ومنهم من قال انه هو الذي يرحى الداء منه شداوى ، كعص أنواع العنق ، ومنهم من قال انه ما استمر سنة فأكثر ، وقد سار على هذا كثيرون من اكتاب في الفقه ، واختاره ائمة عديدة مع تبيده ، ولادة ١٥٩٥ تصب ما يأتى

« مرض موت هو الذى يعلب فيه خوف الموت ، ويعجز معه المريض عن رؤية مصالحة خارجا عن داره ان كان من المذكور ، وعن رؤيته مصالحة داخل داره ان كان من الأماث ، ويتوب على نكث الحال قبل مرور سنة ، سواء أكان صاحب فراش أم لا يكن ، وان امد مرضه ، ومنته سنة سنة ، وهو على حال واحدة ، كل فى حكم الصحيح وتكون تصرفاته كتصرفات الصحيح ما لم شتد لمرضه ، وتغير حاله ، ولكن اشتد لمرضه وتغيرت حاله ، ومات قبل مضي سنة بعد حاله ابتداء من وقت اعتبار اني بده مرض موت » هـ . وترى ان ائمة استقرت لأعسر الشخص صحبة ألا يرد لمرض وهذا رأى بعض الفقهاء .

فهؤلاء روى ان لمرض ان امتد سنة لا يعتبر شخص فيه صحبة بمجرد الامتداد سنة ، بل الشرط فى كونه لا يحى لموت منه لا يرداد يوما عن يوم ، فما دام يرداد يوم عن يوم ، فهو مرض موت ؛ لأن المريض قد ارجأ .

وفى الحق انه يجب أن يحصل لاحدا أن اخرة انقضى الأول فى تقدير قوة تأثير مرض وامتداده ، كما يجب ملاحظة الخلل المتسبب كما بينا ، فاذا أضره انصيب شخصا أن عبده مثلا سجد لا يرحى رؤيته فانه يصح فى حال نفسه ترقب موت آتيا بعد أن ان لم يكن أخره انصيب رجاء العلاج أو بان أماده فسيح من الوقت ظهور آثاره ، فاذا و الطل لأرجاء فى الحياة ولا فى العلاج .

وم يعين معارضا من المرض قوة تأثير المرض فى الحياة ، والمريض يرداد من وقت لآخر ، ولا شت على حال واحدة ، والمريض مترقب لموت ، فسيكون تصرفاته مطية الايثار أو الاضار ، فلا يصح كعصحيح مهم بطول المرض ، لأن تصرفه

الذى يحس الورثة أو الدائنين مظنة أن يكون الدافع اليه إشاراً ببعض الورثة أو
الاضرار بالدائنين^(١)

١٩٢٥ إلى هذا اتبها من بيان حقيقة مرض الموت ، ولأن ينتقل
لبين اقواعد التي تقوم عليها أحكام حركات المريض مرض الموت ، وقد أشرنا
اليه بالأجمال آنفاً .

يقرر المحقق أن لمرض الموت له أهلية وحجب ، فالخقوق تثبت له ،
وتثبت عليه كرامة غير مفقودة ، وما يسقط من بعض الواجبات الدينية عنه ،
فأى سببه عدم القدرة البدنية عليه ، فلا تحب عليه مثلاً الصلاة من قيمه ان كان
عاجزاً عنه ، وليس مسقط عنه وحجب من هذا كونه المريض مرض الموت ، بل
المناط لتعجز البدن عنه ، ولو لم يمت الشخص من مرضه هذا وعبرة امرض
مرض الموت صالحة لكل العقود والتصرفات ، لأنه عاقل رشيد كل ارشد ،
مادام حياً من حته وسفه فله أهلية أداء كرامة ، وكان مقتضى هذا ألا يحجب
عنه في أى تصرف يصرفه ، ولا توقف أى عقد من عقود على أحارة غيره .
ولكن مرض الموت يؤدي الى الموت ، وسبب له ، وموت بوحده حقيقة فثبت
لذاتين لا مجال للتثنية فيهما . حداثها العجز المطلق ، وثابتتهما خلافه لورث عن
الميت فيما كان يملك من الأموال . والعجز يخص ذمة الميت غير صالحه لقيام
حقوق غيره به ، فمخير الديون الى كان غيره قبله متعلقه به ، كما يثبت بالخلافه
حق الوارث في الأشياء التي تركها الميت ، لهذا يثبت بموت حق العرماء والورثة
في التركة ؛ ومثل كل امرض الذي قضى الى الموت هو سببه اعادى . صار
حق العرماء والورثة معلقاً بالتركة من وقت حدوث ذلك المرض ،
لأن الحقوق تصاف الى أسسها ، وبيان ذلك أن موت إذا انعكس
بالمريض صار المرض موصوفاً بأنه مسبب ، إذ موت يحدث تصعب نفوى شيئاً

(١) اعتماداً في تعريف الاعتماد على اس عامدين احسان في أول الوصايا ، والثاني في
صلاحي امرض مرض الموت ، وتوجيه التقدير الثالث في صلاحي امرض مرض الموت ، والنداء في
أحكام العدة ، وبحث الأستاذ احسن كامل يك مرسى في مجلة القانون والاقتصاد

فيينا ، وترادف الآلاء وقد بعد وقت ، وكل حر من مرض مصعب لبعض
 أقوى ، وكل وقت يمر ، شخص مريضاً هو حر من الطريق أنى يذهب
 بموت ، فكان الموت إذن مصاف إلى المرض من وقت زوئه تاريس ، وصارت
 مجموعة أحوال المرض وأطواره وبلد حرجه من احتمال القوى الألية له في تعديلها
 عن احتمالها بمرحلة حرجات معرقه أدب إلى الموت ، وعلى هذا يكون الموت قد
 بدأ يبدى في جسم من وقت حصول المرض به ، وابتداء المعر من ذلك الوقت ،
 كما ابتدأت حلقة الإرث في تلك المدة من ذلك الوقت أيضاً ، واذن فقد
 ابتدأت الدمة لأصبح حلق الديون بها ، فصار حق الدائنين متمثلاً بالأموال .
 لا ١١٠ ، كما أوجست الحلقة التي ابتدأت بديب الموت في جسم المريض ، فيتعلق
 حق الإرث بماله نف . وعلى هذا الأساس قرر الفقهاء أن حق المرء في ستماء
 دمه ، وحق الورثة في حلقة المريض في تلك المتعلقة بماله من وقت
 مرضه ، فيكون حينئذ قد ساق مسر لمريض المرض الموت حق الدائنين وحق
 الورثة (١) .

١٩٣ يبدئ أحدين يختلفان في معنى التعلق ، حق الدائنين المرض
 من تعلقه بالمال المتكسر من الاستيلاء : وهذا يتعلق حق الدائن بمال المريض معنى
 لاصورة بمعنى أنه ينعى بأعيان الأموال ودواها ، وكه تعلق بتأنيبه في
 مسار ما فيها من دمة ، وهو قيمته حتى تقوم به مقومون ، ولذا يسمح للورثة بعد
 موت مورثهم أن يستحقوا التركة من ديونهم ، يؤدوا الدين للدائنين ، كما
 يسمح لهم أن يشتروا بعض أعبان التركة قسمتها ، ويجوز الدائن على قبوله ، ولو
 كانت حقوق (٢) الدائنين متمثلة بذوات التركة ماساغ للورثة أن يأخذوا ويؤدوا
 الدين بغير رضاهم .

أما حق ورثة فهو لأجل خلافه عن المريض ويكون مدديون ، وقد

(١) راجع في هذه المسألة كشاف الأسرار على فصول الجرد الرابع من

١٤٢٧ ، ١٤٢٨

(٢) راجع في هذا كشاف الأسرار ، ج ١ ص ١١٣١

اختلاف فقهاء الحنفية حاله نظر في تحقق حق الوارثة عند المريض إذا مات من مرضه ، هو حق الملكية من كل وجه يظهر أن المريض مريض بالموت ، أم حق الملكية من وجه دون وجه ، أم هو حق الإرث لأحق الملكية ؟ بعض المتقدمين من فقهاء الحنفية قال أن حق الوارث حق ملكية من كل وجه ، وبين ذلك الحق يظهر أن المريض مريض بموت . وقال آخرون من المتقدمين أن حق الوارثة ملكة من وجه في الموت ، لأنه إذا مات المريض ثبت الملك مسدداً إلى وقت ثبوت المرض . فلو مات كانت ملكية ثابتة من طريق الاستدلال أو ما يجهل عنه لفقهاء الحديث بالآثر الرحيم ، وسبب ذلك المتقدمون حق ملكية من وجه ، هو وجه الاستدلال ونفروا بين هذا الرأي وسابقه أن الرأي الأول يقول أن ظهور كون المريض مريض بموت كشف عن حقيقة كانت مستورة قبله ، وهي أن لأعين ملك الوارثة . أم الرأي الثاني ، فيقول أن الموت هو سبب الملكية بالخلافه عن الموت ، ولكن الملكية ثبت مستندة إلى أول ظهور أعراضه ، وهو وقت حين المرض ، ومهما يكن من خلاف دقيق بين الرأيين ، وهم منحدان في أن الحق الذي هو الوارثة في أموال المريض حق ملكية . هذا مذهب المتقدمين في حق الوارث ، أما مذهب المخالفين فهو أن حق الوارث ليس حق ملكية ، لكنه حق في الإرث والخلافه . ليس حق ملك بل يستمر صاحبه ، وكل وجهه يسمى بموضوع .

استدل المتقدمين في ادعائهم أن حق الوارث حق ملكية على النحو السابق بالحديث والاشماع ، أما الحديث ، فهو قوله صلى الله عليه وسلم : « أن الله تصدق عليكم ثلث أموالكم في آخر أعماركم زيادة على أعماركم » أي تصدق باستثناء ملككم في ثلث أموالكم زيادة على أعماركم ، أخبر عن مدة الله سبحانه وتعالى على عبده أنه استبقى هم تلك في ثلث أعمارهم ، سيكون ومدة أن الزيادة في أعمارهم باصروف في وجهه الخير ، وأخر أعمارهم وقت مرض

الموت ، قد هذا على ربح مكسبه عن الثمين : دلوه بربك . لكن من يتصدق
عليهم الثالث : دلا يكون تصديق بأشياء لا حث معها من غيره . وهذا هو
صحة واقعة جميعاً ، ودكان لمريم قدران مكسبه عن الثمين ، فإنه يقول
في ورثته ، لأهله حله في أموانه ، ولأهله ثوب من الله

وقد روي أن أنكر ربي لله عنه قال : شاة الله وانه مؤمن وهو
من ماله . فقد كنت بحسب أحد من من وسقا من من بجاهه ، وبت من
كوفي حربه ، لا قصته ، وبت هو ليوم من الورثة . قد هذا بصر بحد على أن
حتى ورثة في من مورثهم لم من هو حق مكسبه . وقد كان من هذا من
لا يفي فيه بربك ، فلا مدانه سمعه من رسول صلى الله عليه وسلم .

وإنما لا جمع هو اجمع الصدقة ووقفه من يعدم على أن تبرع الميراث
من الموت لا بعد في أكثر من ثلث في حق لأحاب . وتبرعه للوارث
لا بعد في شيء . إلا ما حذر ورثه ، حتى كان للورثة أن أحداً أو هو . من يد
بوهوب له من غير ربه ، قبل عدم المدد من والى الله ، ودارالربوب في
الورثة على ما قدر الله

هذه أدلة المتقدمين في ادعاءهم أن المكسبة لله ثمة تثبت من وقت ظهور
من الموت ، وأن حقهم هو هذه المكسبة . وما دعى المستخرجين الذين يقولون أن
حق الورثة ليس حق مكسبه ، وإنما حق ميراث وإحالة فقط . ولا يصير حق
مكسبة لا لموت ، فعمل هو اجمع على أن ميراث من تبرع ما أكثر من الثالث
خص تبرعه بعد موته ، ففوضه انه يتقص دليل على أنه بعد وفاته وكما أنه كان

(١) حجة مدد قطعه وقصره . ووفق مقدار من بعد ، فالحق وحث مقدار عشرين
من ميراث . ولكن . نصيبه . فلم يبق من ميراث وأما ميراث الورثة فإنه . بعد . استبد
به الأثر على أمرين (أحدهما) أن أهله لا يرث . لأنه من الله من تقصيه ، فتم
مكسبه . و (الثاني) أن أموان من ميراث ميراث . وليس له لا الثمن

الآثار في حال الحياة ، وهذا يدل على أنهم ما كان لهم في حياته الحق في الملكية ، وإنما حقهم في الميراث وشوب الملكية بعد الوفاة

وهناك دليل آخر مقبول ، وهو أنه لو كان الوارث غير أهل لميراث وقت مرض الموت ، ثم بعير أهلاً بعد الموت فقد اتفقوا على أنه يكون وارثاً ، ويكون له كل حقوق الوارثين ، فهو كان حق الوارثة في الملكية وقت مرض المريض وقت موته ما كان لهذا الميراث ولم يكونوا أهلاً للميراث (كعبد أغنيق أو غير مسلم أسلم) حق في الميراث : لأنه منبثق باقي الوارثة يثبت ولو كان الحق حق ملكية ما كان بهذا الحق في نقص ما تبرع به مورثهم ، ولكن ثبت أن لهم الحق ، ولا يمكن أن يكون حق ملكية وإذا لم يصح حق الملكية فميراثهم فهو حق في ميراث شرطه ، وذلك كاف لأثبت كل هذه الحقوق التي للميراث^(١)

وان اعطاء الميراث حق في مال المريض حال حياته ، إنما هو فرض ومبرر اعتدري ، لكي يستقيم منطق الأحكام ، وتنطبق المبادئ الفقهية ، إذ كان له حق في اجارة بعض التصرفات التي تصرفها الميت في مرض موته ، ولا تعد إلا تجارتهم مع صدورهما في حيزه صاحب ، فلهذا كان له دين بعد الوفاة فلا بد أن مرض له حقاً حال الحياة ، حتى يتمكن أن يموذع بعض على هذه التصرفات ، ويجب أن يفقد ذلك الحق ، وفي صور حتى تصور معها ثبوت حق الاجارة بعد الموت ، فيكتفي في دينك مرض حق لارث له في حال حبة المورث ، لأن الأمور المرضية لا مرض إلا مقدار الضرورة الفكرية التي تسيطر الحادث إلى فرضها ، مستقيم منطق الأحكام : وتأخذ أساساً ، بعضها يحجز بعض .

§ ١٩٤ - وحق الوارثة سواء كان حق ملك كما يقول متقدمون أم حق

(١) سنده في هذا خلاف وأدله على المدعى الخراء ثالث من ١٢٢٠، ٢٢١، ٢٢٢

وقد استبيننا بعض هذه الأدلة من ثانياً السطور استنباطاً .

وراثه فقط كما تقول المتأخرون يتعلق ثلثي التركة فقط ما التلث هو حق
 حصص المرص من ماله ، يكن عليه ديون ، فإن كانت عليه ديون ، حق الدائنين
 مقدم ، وحق الورثة في ثلثي الباقي بعد اداء الدين . والمرص له ثلث الباقي بعد
 الدين ، لأنه لا تركة إلا بعد وفاة الدين . أما قبل وفاته ولحق للدائنين ، وقد بينا
 أن حقهم متعلق بمدة التركة لاندواتها ، بمعنى أنه إن سميت فيه قيمة التركة من
 الورثة ، فليس لهم أن يطالبوا بدوا ذلك . أما حق الورثة فقد قال اصحابنا
 انه متعلق أيضا بمدة التركة لانعامها سواء أكان ذلك بمسمة للأحصى أم
 بمسمة لنوارث ؛ ولذلك نصح عسما أن سمع المريض ، رخص الموت وراثته بمثل
 المسمة ، لأن ذلك لا يصح بحق الورثة " إدا سئل به حقهم ، وهو قيمة الجزء المسموع
 من التركة . وقال أبو حنيفة يتعلق حق الورثة بماله بمسمة تصرفات المرص
 من ورثته ، أما المسمة تصرفه مع الورثة فحقهم متعلق بماله ودت التركة ،
 ولكن يعبر عنهم ، متعلق بالأموال مودرة ومعنى ذلك لأن حقهم في تصرف
 المرص مع غير وارث سمي أن عسما سلامة ثلثي التركة به ، وثبت التركة
 بتدبر بالقيمة ، فصار لحق متعلقا بنفسه التركة ، أي بماله ، وتأمينها لا مودرتها
 وأسمائها . أما حقهم في سمع تصرفه مع الوارث سمي أن عسما انه لا يؤثر بعض
 المدة على بعض ، لأن التركة ورثت موارث في كماله ، وكل من قصد غير ما في
 كماله في رد عليه قصده . وإن الأثر كما يكون من مائة أموال يسميه ،
 يكون أعيان يحتارها له ، ولو أعطاهها له بقيمتها ، خشية أن يكون قد حياه ما
 أحذر له عيون ماله ، وإن أعيد له بقيمتها أو أكثر جعل للورثة حق في أعيان
 تركة ودواتها ، بمسمة له وارث ، وذلك لتكون الأحكام العممية بمسمة للورثة
 معهم مع بعض سائر على تصادم مطلق واحد ، إدا أن أحد الورثة لو أراد أن يحتص
 بحصى أعيان التركة فيمته لا يتم له ذلك إلا برص الورثة ، ولذلك إدا أراد المورث
 في آحر حياته ، وقد تعلق بالتركة حق الارث أن يحتص أحد ورثته ببعض أموال

التركة، بحيث كان لابد من رضا باقي الورثة، وهذا اثنين. حق الورثة بالنسبة
لتصرف الميراث مع بعضها متعده، بتركة صورة ومعنى (١)

وحق الورثة وحق الدائنين إنما يتصلان من التركة بخلاف الذي يكون بعد
قضاء حاجات مورث في الحياة، وما لم ير تجزئه بعد اوفاته (٢)، فحق التداوى،
وما يدرمه من حوادث شخصيه وما يخصه من غنم وفرش وغيره ذلك لا يصح
أن يمنع منه؛ لأن حقه في قضاء ماله من ماله قبل كل حق سود، وليس لأحد
عليه من سبيل فيه.

١٩٥٥ - ان هذا حق للدائن والمورث في مال الميراث، وحق ميراث
في ماله، ومستقل في هذه الحقوق كلها في تصرفات ميراث، فميراث حيانا حقه
يعتد في التصرف والميراث، وحيانا يرى حق الدائنين في الميراث ديونهم يعتد
فيهم، وإن لم تكن عليه ديون مسعرة فتركة ميراث ميراث في حقه
ثلاثة من ماله ميراث الميراث، وهذا يكون الخبز على التصرف لدى ميراث
أه ميراث الميراث، وليس فيه سر حاجة شخصيه ميراث، فذلك له ثمة
هي موضع الحد، والميراث، هي ثمة ميراث غير واضحة الحدود والميراث، وقد
كان ذلك دافعا لأن يحصل شريعه أكثر أحكام ميراث الاحتياط، والتعدت
اشبه في بعض هذه الأحكام دافعة لميراث، كما سرى في الاقرار للميراث، ومحو
ذلك، وحلها ميراث في تصرفات لميراث وميراث غير لميراث من تصرفات
لميراث: أن تصرفات الميراث التي لا تحتاج إلى اعادة الورثة هي التصرفات
تتلى لا تعد من التصرفات الميراث وان كان ذلك في ميراث، وتصرفات الميراث في
تكون اشياءا لحاجة من حاجاته الحيوية، والتصرفات تتلى لا ميراث رأس مال

(١) راجع كتاب الفقه المجمع المجلد ١٢٢٩ وقيل في شرح ميراثه أن حق
الورثة متعلق بماله، لا ميراث التركة، وأما ميراث ميراث ميراث مع لأحجب
وحال التصرف مع الميراث، ولم يذكر خلافا من ١٢، ١٣ -

التركة ، ولكن تمس منافضها أو أرباحها .

١٩٦ - وعلى ذلك تمتد تصرفه لآية ، ولا تحجج إلى إحادة الورثة بعد وفاته .

١ - السكاح مسعقد السكاح من الميراث وهو غير مقف على إحادة أحد ، ومات في مرضه هدام كان يرثه أن يتعرضوا بواحد بنقص^(١) ، وشت لزوجته مهره شرط لا يريد عن مهر مثل ، فإن راد أحدث الزيادة حكم التبرع ، وإن مات وهي زوج له فلا يرد حكم المصصة للوراث على ما سمي ، وإذا تزوجها بمهر مثل أو قل منه أو لم يسم شئاً تمت فدا ما سمي أنه مهر المثل ، ويكون ديناً عليه في حكم ديون الصحة ، وهي التي تثبت عنه في حياته وفي مرضه بمصصة صحيحة ، ولم تمت بقراره مسعداً . وعلى حال سكاحه ، لأن السكاح من التصرفات التي لا يعد المال فيها مقصوداً ، وقد ذكرنا أن تصرفه غير المية تمت كلم من غير حاجة إلى إحادة أحد قبل الوفاة أو بعده ، كما صح رواحه يصبح طلاقه وتطلق امرأته غير أنه إن صدر من غيره صح تسحق ميراثها ، ويعتبر فاراً غير أن استحقاق الميراث مقيد بموته في أمدة عند أبي حنيفة وأصحابه ، ومقيد بعدم رواحه بغيره قبل موته ، عند أحمد وابن أبي ليلى وغير مقيد بشئ ، عند مالك ، وقال الشافعي لا تستحق ميراثاً^(٢) .

٢ - شراء لأدوية وحاجاته التي لا يسعى عنها سواء أكان من أحبي أو من وراث ما دام لم يكن هناك حاجة في الشراء ، فإن اشتراها بقيمتها أو على يسير يتصرف الناس به عادة ، وفي شراء ضرورته من الوارث اضطرت عبارات السكتب ، ولكن لتصحيح أن شرائه ما يبرمه من وراثته صحيح ما دام لا الحاجة فيه . وقد جاء في جامع الفصول ما نصه : « أن مريضاً لو اشترى من وراثته بما به الشهود ثمة حار كثراته من حسي ، والوارث يحذف الأجسي في الأقرار . » فيها ثبت عياناً فيما سواه ، وقد ذكر خلاف ذلك على حوز شراء المريض من

(١) جامع الفصول أخره في أحكام الميراث .

(٢) راجع كتاب الأجناس ، شعبيه . بطول لأحمد بن حنبل شيخ أحمد بن حنبل .

الوارث عند الكل^(١) » ومن هذه العنصرة يستفاد أن مطلق شراء من الوارث صح ما دام حياً من الحياة ، ويثبت الثمن ديناً على المريص . إذا كان الشراء بمعية شهود ، وبذلك يخضع عن الأقرار بالدين للوارث^(٢)

ح - الاحارة والاعارة فيمضي المريص أن يضر غيره ، وأن يعير أعيان تركته غيره ، وليس لورثته بعد موته أن يحدوا على احارته فيقتضوها ، وعلى من عاين له عيادته أن يطالبوه بمقتضى ما استع ، وذلك لأن له التصرف المطلق في المبيع ، إذ حق الورثة متعبد بأعمال التركة وحق الدين متعبد بقيمة هذه الأعيان على نحو ما ساء . فليس حق واحد من الفريقين متعبدًا بالمبيع ، فاستفاد حصة لصاحب الأموال . ومن جهة ثانية فمقرر عند أي حبيقة وانحصر أن انعقد على المبيع نطق بمجرد موت أحد المصدقين^(٣) . فإذا مات المريص في مرضه فقد بطلت من بعده مسبب احارته واعارته ، وفتوقد على المصدق إذن لا تفس حقوق الورثة في حال من الأحوال في مذهب الحنفية ، فلا حاجة إلى احارتهم ومن الاحارة والاعارة لمبرعه ، مسافة ، لأن هذه كآب تعود على المصدق وهي سائغة له لا يتصل بها حرج .

د - عقود لشركة ، فإذا عقد شركة مع غيره ، وعقد صحيح ولو كان فيه من عيبه بأمانة للبرخ ، لأن حقوق الورثة والداينين يتعلق برؤوس أموال الشركة ، ولا تتأق بأرباحها ، إذ باح كصاحب صاحبها ، إلا إذا تسلم أو دخلت مسكنها في دمنه ، وفي هذه الحال تصير حرة من رؤوس أموال الشركة ، وقبل

(١) راجع جامع الفصولين الجزء الثاني في نوع رئيس مريض يموت .

(٢) قد رأينا كثيراً من كتب العربية في عصرنا يدعون أن أحكام شراء من مات كحكم البيع منه من كل الوجه ، وذلك لا يجوز من مذهب

(٣) حالف بوجهه فيه الأئمة ، فقد مروا جميعاً أن عقد الاحارة يرب كعقد البيع ، لأنه عقد لازم وانعقود انلازمه لا يخل بموت أحد المصدقين . وبما يرون مدعى على هذا في احارة لأشياء ، ولا ما يستد منه .

ذلك هي عيب ، وإن عقد الشركة في ذاته لا يصير الورثة في شيء ، لأنه بمجرد وفاته يظن العقد : لأن عقود الشركات جميعاً تتضمن التوكيل : لأنه يكون كل واحد من الشريكين وكيلاً عنه وموت أحدهم يعبر إلى عيب وكالة الميت ، فسطر عقد الشركة انقضاءً للوكالة . وعلى ذلك إذا صارب المريض بأن دفع حراً من ماله غيره بعمل فيه ، ويكون الربح بينهما مضافة مثلاً تحت المضافة وكان الربح مضافة ، ولو كان في ذلك عيب على المريض : لأن ذلك ربح ، ولا حق لداثين أو الورثة في الربح قبل دخوله في ملك المريض . وتعد حراً في جامع الفصولين ما خلاصته . « مريض دفع ماله إلى شخص على أن ما رزق الله تعالى فهو بينهما نصفان فربح أما مات ، وأخر مثل النصف أقل من حصته في الربح ، وعلى أملاك دين محض فله نصف الربح يبدأ به في دينه : لأنه متبرع بتمعة ماله ، إذ الربح ليس بمثل من ماله ، وله أن يبرع بتمعة ماله : بحق العرف ، والورثة لا يطعن بالمدفع . وإذا لم يسم لصارب شيئاً ، فله آخر مثله نصيب مع العرفاء ، إذ حقه يجب ديناً بسبب لا تهمة فيه . وكذا كل مضاربة فاسدة يجب فيها آخر »^(١)

هـ الخلع فاحداً من امرئتين صحيح ، ولو ماتت في مرض موته ، ولكن « مسنة لدل الخلع بحيثى أن تكون قد آثرته من بين ورثتها ، ومن جهة ثانية يعتبر تبرعاً من حية ، فيأخذ حكم الوصية على ما سبق ، ولذلك إذا ماتت في العدة كان الذي يستحق الخلع الأقل من هذه الأمور الثلاثة . (١) ميراثه منها وكانت زوجاً له ، (٢) ثلث تركتها (٣) بدل الخلع المذكور في الخطة فيأخذ أقل هذه الأمور الثلاثة مقداراً . وإن ماتت بعد العدة استحق الأقل من ثلث

(١) ورثة فرق بين ما إذا كان نصارب قد اشتد به مقدراً شيئاً من الربح ، وبين ما إذا كان قد استحق أخراً : فالأول يكون حقه أسبق من الدائين لأن حقه مطلق بين الربح ، والثاني يكون حقه دماً ، فيكون كغيره من ديون .

اثره وبس الخلع أى نه يأخذ من الخلع شرط الأثرية عن ثبوت الحركة^(١)
 ١٩٧٨ هذه هي التصرفات التى لا ترد عليها الحجر إلا بغيره وفى الأحوال
 التى ذكرناها ، ف تصرفات الماسة الخاصة التى تمس رأس ، ل الحركة ، عصى
 فتلك هي موضع الحجر ، وموضع مع ما يدبر الذى لا يصار معه دائر ولا وارث ،
 ولا يصارده هبة مريض من حيث ثبوت فيها ، فهو ثبت تقدير ما يدفع الضرر
 من يحمل ل يسهل سرده ، عطائه الحق فى اجارة التصرف ، ان كان التصرف
 يمس حقه وان كان لا يمس حقه فهو متحدة من رغبة ، وأحادته ، ونسبة ثبوت
 هذا الحجر أمام أحد من يكون التصرف قد صدر فى مرض يمس فيه اهلاكه ،
 كما يينا ، وثانها ان يموت الشخص فى مرضه هذا ، وعلى ذلك اذ تحقق أحد
 الأمرين دون الآخر ان صدر تصرف من شخص فى مرض ، وقيل ان يشترط
 ان يكون وهو الموت ، ف لا أحد على تصرفه من سبيل ، لأن تحقق كون مرض مرض
 موت لم يتم ، ولا حجر قبل ان بين ذلك ، ودوام الشخص فى هذا المرض
 تحقق لأمر ثانى ، فيثبت مع مستنداً الى وقت المرض بان تعرض كل التصرفات
 التى صدرت من ذلك الوقت على اثر أو الدائى اذا كانت تمس ما هذه من حق
 اسببه الدين ، وما للدائى من حق الارث ، ويكون امره فى هذه التصرفات
 كالمعصون ، وهؤلاء لا يجبروه فتمس ، ولا يجبروه فتسقط ، وفى حال
 احادتها تكون صحيحة مستندة فى صحبته وقت صدورها وإذ لم يجبروها نصت
 وعند قسم فقهاء نقول ان مرض الذى تمس الدائى والورثة الى قسمين نقول
 احادية تثبت حقوقاً مادية ، وهى اقارب مريض ، واثنى تصرفات اثنائية
 تثبت حقوقاً مادية ، يمكن ثابته من قبل

١٩٨٤ وحكم اقارب مريض انه ان كان لأحصى كان صحيحاً ، غير انه
 متأخر عن سببه الدون عن مريض التى يكون ثابته من غير فرد ، وهى
 الديون التى تسمى ديون لصحة ، وهى تشمل ما يكون اثنائية قبل مرض باقرده

(١) رجع جامع المعصونين ج ١ ، د فى أحكامه - ص ١٠ ، وكذا لأحوال نسحبه
 للأستاذ الشيخ احمد إبراهيم بك .

في محته ، أو التي تمت بعد ابرص صحيح وبسنت ، وتحتي بأشهر سنة بها وقف
المرص وعنده شهود كمرص اقراره وتحتي شيه استراجه ، ومهر بكاح عقد في
مرصه ، مما فائدت من الدين بقرار المريع في مرصه فانه سمي دين مرص ،
ويكون متأخرا في الأداء عن ديون الصحة .

وان كان الاقرار من وارث فلا يعد إلا بد صدقة او دية ، لأنه على من
يكون ذلك الاقرار لأشهر ذلك الوارث بهذا مقدار من التركة ، واوراث الذي
لا يصح الاقرار به هو من قام به سب الارث عند الاقرار ، وكان وارثا بالعلم
عند الوفاة ، فادقو لامرأة تكن زوجة له ثم تزوجها بعد اقراره ، عند قيام سب
الارث عند الاقرار ، وادقو لأخيه ، وله ان يحججه عند الاقرار ثم مات ذلك
الأخ قبل أخيه ، فوريته لأخيه له . عند الاقرار ، وقال احمد بن حنبل ان
دب سبي لا يصح الاقرار به هو من كان وارثه وقت الاقرار ، ما ساعته
بقة ، سواء استمر له ان الوفاة لم تستمر ، لأن عترة في ذنب هو في صدور
الاقرار مصحبا بالتيه ، ولا يكون ذلك لا إذا تحتمت التيه وقت الاقرار بأن
كان وارثا بالعلم ساعته ، وعلى ذلك لا بعد الاقرار لأخيه اد . كان وارثا له
وقت الاقرار ثم جاءه من حجه من الميراث وقت الموت ، لأن الاقرار اذا
نصل فليته ، ووقتها هو وقت صدوره ، فيصدر باطلا

١٩٩٩ وحكم التصرفات الاثنية الثمانية منها ان كانت لانقض النقص
لا مرد عليه المصحح كالمحقق ، فهي تصد من المرص في حكم معلقة على موت ،
فهو قبل موت غير ردة وفي حكم عر انم حودة ، بمعنى أنه ان أعقب عبدا ثم
مات مدين بالموت أنه ما كان يسوع لأعتد ، فيعطى قيمته في حال الحياة حكمه
الأعقب المعلق على الموت ، فعصى حمد بعد موت ، وسمى قيمته للدائنين ان
كانت لتركة مستعرقه ، ويسمى بما تريد قيمته به عن ثلث لتركة . لم تكن التركة
مستعرقه ، وإذا أعطيت تلك التصرفات حكم التصرفات المعلقة ، لأنها لا تنقض
النقص ، وإذا فرضه بأحدة في الحياة ثم حبل للورثة انطها هذه الاشارة بعد

الوقف ، فقد فرضها قسمة المصح ، وذلك لاستيعاب الوصف لشريعته الذي أعطاه القبط ، أيها ، يفرض ما يتفق مع ذلك الوصف ، وهو كونه معلقاً .
وأما لتصرفات ائمة التي تفصل المصح كاهنة والوصية والسبع وأشر .
ولصدق ولوقف ، فاسم من الميراث ذات أحكام متشعبة ليس موضع إيثاره ،
أن عند بيان أحكام هذه العقود في نواحي في كتب الفقه فيرجع إليها هناك
مفصلة ، ولكن ههنا ذكر القواعد التي يعود إليها التفصيل ، مع ملاحظة أن
لكل الأحكام لا يكون إلا بعد اوفاء ما في حال حياته فهي صحيحة ، وههنا هي
دي القواعد :

— هذه التصرفات ان كان وارث لا يبعد إلا بإجازة الورثة ، وهو
كانت تبرعاً صرفاً ، أم عقد مبدلة فيه بحصة أم مبدلة لا بحصة فيها قط :
أنه يلاحظ أمران (أولهما) أنه إذا كان التصرف تبرعاً بجمعية لا بحصة سيرة
كثيرة فقد أجازها المصاحف ، ولو لم يجر لورثة ، ولو حصصه لم يحصره ، وليس
اختلاف ما يشاهد فيما مضى من أن الحصة يقول بـ حق لورثة تعاقباً بغير
التركة بالنسبة للوارث ، ففي بعضه عيباً منها ولو بالتقسيم فيه معنى الآية
ووصية ، ولا وصية بوارث ، وأما ما قلنا أن حق الوارث معلق بالحصة
والأية وجميع مثل قيمة ما في حق الوارث ، فلا وجه موقف البيع على إجازته ،
(ثانيهما) أنه ان كان التصرف وفقاً يخرج من الثالث ، فإن كان وارث ، فإن أصل
الوقف يبعد ، ولكن لا تصرف العلة بوارث إلا إذا أجاز الورثة وتصرف هم على
حسب الميزات ، إذا لم يغيروا ، واستمر الحكم كذلك ما دام الوارث حياً ، وإذا
انتقل الاستحقاق إلى غيره كانت أحواله ، ولم يكن للورثة شيء : لأن بحصة
الوارث بقدر استحقاقه في الوقف ، فشاركوه فيه أو أجازوه ، وإذا انتقل الاستحقاق
غيره ، لم يكن لهم فيه شيء ، هذه الحصة والوارث الذي لا تصح بحجته
هو الوارث في باب الوصية ، وهو الوارث ما عمل عند الوفاة

ب — إذا كان التركة مستغرقة بالدين ، وفيها مضاف لكل الدين أو لم
يكن ، فحق الدائنين فيها أن تلم قيمتها هم فكل تصرف من الميراث لا يمس هذه

القصة ، فهو نافذ ، وإن لم يحروه ، وعلى ذلك لا تنفذ تبرعاته إلا إذا أحروه .
وكل بيع أو شراء فيه عن ووكال يسيراً ، لم حق فسخه إلا إذا أراد اشترى أو
بعض البائع بما يراد من البيع ، لأن حقهم متعلق بالقيمة ، فيجب أن تسلم لهم ،
وإذا دعى واشترى بلا عن أصلاً ، كمن هم أن يقصوه : لأن حقهم متعلق بالقيمة
ومدانة ، كما بينا ، وقد سلمت لهم ، فلا وجه لاعتراضهم ، ولا ينقصهم ما أبرم .
ويلاحظ أن حق الدائنين مقدم على حق الورثة ، فلا شأن للورثة بالتركة
مادامت مستغرقة بأيديهم ، بيد أنهم إذا أرادوا استخلاص قيمتها ، وكانت مديونية
للدين أحمر انداسون على أحد قسمه ونسب الحركة ، ون كانت قيمة التركة أقل
من الدين لم يكن للورثة استخلاصها بقسمها إلا برضا الدائنين ، لأن لهم الحق في
استيفاد ديونهم كاملاً ، وعامهم ينون لهم في أنفسهم ، حتى يستطيعوا بيعها في
وقت تعلق فيه قيمتها ، ويكون فيها وديونهم .

ج إذا لم يكن للتركة مستغرقة بأيديهم لم يكن مديونة أصلاً ، وكانت
مديونة دين غير مسعوق ، وقد استوفى منها ، فمن حق الورثة أن يسلم لهم ثلثا قيمة
التركة بعد الدين ، فكل تصرف لمريض سواء أكل برءاً أم مبادلة بمس هديت
اشيين ، مديونة معه ، حتى لا عس حقهم في اثنين ، وعلى ذلك فكل تبرع
لأجنبي سابع ، مادام في حدود الثلث ، وكل عقد مديونة مع أجنبي بيع أو شراء
بعد من غير حاجة إلى إجازتهم إذا لم يكن فيه محبة أصلاً أو كانت فيه محبة
يتسع لها ثلث التركة ؛ وإن كانت تريد الحاجة عن الميت ، فلا ورثة الحق في منع
لنصرف حتى نزول زيادة التي مسب الثمانين الدين يجب أن يسلموا لهم

هذه هي لقواعد التي ترجع اليها تصرفات المريض مرض الموت الانشائية
التي تقس انقص ومسح ، وهي الأصل في هذا الباب ، وقد بينا معصدة على
أصولها التي اشتقت منها ، فارجع إليها .

أهلية المريض مرض الموت في القانون المدني المصري

§ ٢٠٠ مما تقدم تبين أن الشريعة الإسلامية ما حدثت من عقود

لمريض مرض الموت وبصرفه لمعنى في عقله أو في أهليته من حيث هو كامل رشيد، ولكن بحفاظه على حق الدائن والوارث، يتمسك الدائنون من استيفاء ديونهم، ولكن لا يمكن هو من تصبيع حق الورثة في تركته سيرا وراء رغبة دفعة لاشار بعض الورثة مجازاً بذلك أحكام الإرث، أو ادفعنا وراء محبة أو شهوة، ناعداً من لا يستحق أكثر مما له من محكم الوصية، أو ندفعه معاصرة بعض الورثة بمحاولة حرمانه من ميراثه بعد موته. وقد كان نظام التوريث للمصريين^(١) خاصاً للشريعة الإسلامية، يستمد أحكامه منها، بينما المعدلات الألمانية خاصة للقانون المدني المستمد في حقه من الشريعة الفرنسية، فلم يكن من الاستحسان بين قوانين الدولة أن تكون أحكام التوريث مستمدة من شريعة إسلامية، وأحكام تصرفات المريض مرض الموت ألمانية خاصة لأحكام القانون المدني المصري؛ إذ ذلك يفتقر عروة لتقاسم بين القوانين المصرية، فيهدم بعضاً، ويكون الشرع المصري كمن يهدم بيد ما عليه ما يد، الأخرى، إذ يستطيع شخص أن يتدخل من قيود الميراث وهو في مرض موته، يبيع أو يهبه بصورة أو غير صورية بعقدها، أو هبات يعطيها من شاء، ويحرم منها من شاء، ويقسم تركته أوراها، حتى لا يصل إلى الوارث غير المحدود الأتقليين، ولا يحصل إليه قليل ولا كثير، فيهدم بذلك نظام التوريث المستمد من الشريعة الإسلامية، إذ يتفقد منها الشخص أمام المحاكم الشرعية، ثم بعد إطلاقه من قيده في ظل القانون المدني، فيعقد ما شاء، وشمع من شاء، من ورثته تحت حمايته، لذلك كان من اتفق شرع المصري أن كانت له حصصاً خاصة لأحكام الشريعة، وأن تكون أحكام تصرفات المريض مرض الموت مستمدة أيضاً من الشريعة، تستطيع أن تحمي أحكامها، فسمح للمسلمين من قيود التوريث فيها أن يطلقوا

(١) يلاحظ أن المحاكم الشرعية مختصة بغير في ركاب غير مسلمين، وقد سبق من وصايا وبورث، ونقص في ذلك يقتضي لدون الإسلامي إلا إذا حصل اتفاق من الورثة على التناهي أمام المحاكم المدنية. وذلك يقتضي إعطاء النجانبين المعنى لصا. في ١٨٠٦ م. سنة ١٨٠٦ م.

الى اظم ، وقصد ما لم يشترعه كتاب ولا سنة .

٢٠١ - وكان مقتضى هذا أن تكون كل أحكام تصرف المريض
مرض الموت مستقلة من الشريعة ، ولكن لما ذكر حكم تصرف المريض
مرض الموت مستنداً بشريعة . فاق قصة منها ألا في البيع في المواد ٢٥٤ ،
٢٥٥ ، ٢٥٦ ، وهذا نص هذه المواد الثلاثة .

المادة ٢٥٤ لا يبعد البيع الحاصل من الميراث ، وهو في حالة مرض
الموت لأحد ورثته ، لا إذا أخاره بقى لورثة .

المادة ٢٥٥ - يحرم الطعن في البيع الحاصل من مرض الموت غير وارث
إذا كانت قيمة البيع رائدة على ثلث مال الدخ .

المادة ٢٥٦ - إذا ردت قيمة البيع على ثلث مال المانع وقت البيع أرم
امشترى ما على طلب الورثة ما يفسح البيع أو بأن يدفع للتركة ما نقص من ثلثي
مال المتوفى وقت البيع ، ومشتري مذكور الخيار بين أن يوهب من مذكورين .

هذه نصوص القانون التي تتعلق بتصرفات المريض مرض الموت في القانون
المدني المصري ، وقد أجمع شراحه على أن المصدر التاريخي لهذه المواد هو الشريعة
الإسلامية ، إذ ليس هذه المواد بصير في اليسوع الذي امتنع منه القديون المصري
مواده ، وهو لقانون الفرنسي ، وهي من جهة ثانية تتحدى الجمع مع أحكام
الشريعة العراء . بيد أنه ينبغي ما أن نلاحظ ملاحظتين في موضعين اختلفت
حولهما أقطار شراح هذا القانون ، ونصرت حولهما أحكام المحاكم وقتاً طويلاً .
(أحدهما) ما تراه مادي الرأي من أن مادة ٢٥٥ تختلف عن أصلها الشرعي ،
لأن الحكم بمقتضى لا يجعل البيع لأجنبي موضع طعن للورث إلا إذا كان
فيه محاجة تجاوزت الثلث ، فموردته حينئذ أحق في الطعن ، لكي سير التثان لهم ،
وما حقهم في الميراث . أما لمادة ٢٥٥ فقد حدثت لهم بظاهرها الطعن في
البيع إذا كان لمبيع نفسه قد تجاوز الثلث ، ولو كان البيع يمثل القسمة ، أو ليس
يسير ، ولا تشترط لحوار الطعن أن تكون فيه محاجة تجاوزت الثلث كما هو حكم

الشريعة اعراء . وقد احسنت في هذا انظار الشراح . فمهم من قال ان القانون المدني حاط في هذا الشريعة ، ولا مدع من أن يحدف الشارع ما حمله مصدر تاريخياً جزء من القانون ؛ فهو يحير من ذلك لمصدر ما يراه أصح ، وقد رأى الشارع المصري أن يحتاط في هذا لعدم جعل للوارث الحق في الطعن في أي تصرف يسمح بخروج عين من أعيان التركة تتجاوز قيمتها ثل التركة ، وعسى أن يكون البيع صوراً ، ولا يقتض السبع ثلثاً ، ورأى فريق آخر أن يخرج تلك المادة تخريج الشريعة : لأنها محبة ، وشريعة هي التي تفصل ذلك المحل ، بل إنها إذا اقتربت بدرجة التي فيها يجب أن تفسر بأحكام الشريعة : لأن المادة التي تليها وهي المادة ٢٥٦ حمت مدى طعن الورثة بسبب إلى تحيير المشتري بين فتح البيع ، أو دفع لهم ما يترتب له ذلك التركة لكي يسلم لهم الثلث ، وإذا كان هذا مدى الطعن ، فعلى هذا الطعن ومعه هو أن سأكذ لورثة سلامة الشئ بمقتضى القانون ، وذلك هو حكم الشرع بغيره . وثالث كانت العبارة فيها اضطراب أو إهم ، فالأصل الترخي بره أو بغيره . وقد ذكر الرزين لمرحوم وصحى رعلول مثلاً ، فقد جاء في شرحه تعليقاً على حكم المادة ٢٥٥ ، ٢٥٦ ما نصه « هذا الحكم أشد من ما أخذه ، وهو الشريعة اعراء : لأنها لا تقتضي «فتح أو التكهلة إلا إذا كان البيع معاً وحش ، وكان لمبيع^(١) » لذا على ثالث من السبع وليس فيه كراهة لقانون بيع المبيع لأجنبي هذا هو ظاهر المصوص ، وبذلك مذهب ثالث يقول بعدم وجود خلاف بين القانون والشريعة في هذا الموضع . وأن الأول حري على حكم الثانية . فمضى في المادة ٢٥٥ على حوار الصن . وبين حكمه في المادة ٢٥٦ . فقرر أنه لا ينتج إلا أصبح البيع في الكل أو تكهله ما يقتض عن ثلثي المال بحار المشتري ، فلو باع المريض كل ملكه ، ولم يكن هناك عين ، فلا وجه للمعج ، أما إذا وجد عين ، وقصت به قيمة اثنين ،

(١) صواب أن العين تقبض بكونها زائداً على ثلث مال البايع ، فزيادة البيع عن الثلث أو نقصه ليس موضع النظر إنما موضع النظر هو زيادة العين عن ثلث .

فالتكليف أو القسح .

وعندما نرى الرهن وادان وأن يحذر القانون ، وعدم تديقه في اللفظ عند
قيد هذا الحكم من أصله هو الذي أدى الى هذا الخلف ، وإن كانت قواعد
التفسير تقضي بترجيح الرهن الأول : لأن عدول القانون لللاحق عن قيد مشروط
في ساقته ترك هذا الشرط ، وإطلاق الحكم ، كما لا يخفى ^(١) .

ويرى حلي عيسى ناشأ في كتابه البيع أن التفسير الأول هو الصحيح ،
وبمثل ذلك فإن الشارع المعري احاط بأمانة للبيع لأحصى حشية أن يكون
البيع هبة أحدث صورة البيع ، لأن من الصعب معرفة القدر المتبرع به إذا أقر
البائع ، وهو مريض في عقد بيع بمحابة أنه قدس جميع الثمن ، وليس لديهم من
الاثبات ، تمسكوا به من بيان أنه مائل نعم ، وإن عقده تبرع في صورة بيع
فأعطاهم بقانون حق العلقين مطلقاً إذا رادت قيمة المبيع عن ثلث التركة ، فإذا
خضعوا في أصل المبيع ، ونفى عب ، إثبات تسليم الثمن على المشتري ، وثبت فائضات
وسحب أن الثمن وصل إلى المريض ، أو أنه قد وصله ما يحصل الثلثين سالفين
للزينة أحسن البيع ، ولا خير المشتري بين المصحح أو سد النقص في الثلثين ، وفي
الحق ب ذلك يكون بعيداً بمكة الشريعة من طريق غير طريقها في الترافع ^(٢) .

(١) شرح القانون المدني ص ٢٢٨ وحت شروط الرهن مرض الموت
مستور مجلة نوب والاقتصاد في المسألة لا بد أن يحصل محمد كامل مث مرسى

(٢) استنبط هذا المم من كتاب البيع للإستاذ حلي عيسى رشافه به فيه B أن
رهن الرهن أن يعدل لفسه شرطاً غير طريق بشرطه لأسلامه في غير القدر احسانه
البيع به ، وهو انظر للمص لا ينافي من اشترط شروط القدر لغيره في الثمن هو الذي
بأحد حكم نوصيه ، فأرد واضح بقانون مصري أن يضمن لمع هو الذي يسرى عليه هذه
الحكام ، فإن كان البيع لأحصى خرج من ثلث التركة بعد ، والآخر للبائع أن يتم اشتري
بفسه أو يرد منه ما نفس من شيء ما شق ، وهذه طريقه أكثر مصادقه للمع ، وموافقه
للمع في المسألة الموصوفة بيع ، من من الصعب معرفة القدر المتبرع به إذا أقر البائع في عقد
بيع بمحابة ، أنه من جميع الثمن ولا يمكن التصريح من حسب آخر للزينة لأن ذلك يشهد به
درجه B لأن فيه مخالفة نحو عدد لثب B راجع كتاب البيع ص ٣٠٧ وحت لأمت والكبير
محمد كامل مث مرسى مستور مجلة نوب والاقتصاد في المسألة

وكما اختلف اشرار ذلك الاحلاف اختلفت المحاكم أيضاً فمن أحد رأى حتى عمى بش ، وهو يؤيد الرأى الذى يقول إن لقانون سلك مسلكاً يحامى مسك الشريعة فى المحضة على سلامة التثيق للورثة . ومنها ما أحد بالرأى الذى يفسر المواد تتفق مع طريقة لشريعة فى المحضة على حق الورثة تتوقف البيع على احرازها اذا كان فى البيع عيب فاحش زاد معدره عن الثلث ، وبحكمة الاستئناف من هذا الرأى ^(١) .

٢٠٢ — هذا هو الموضع الأول الذى كان موضع ملاحظة على مواد القانون الخاصة بمرض الموت . أما موضع الثنى ، فهو أن القانون لم يذكر من تصرفات المريض مرض الموت إلا البيع ، ولم يتصد سواء ، فيذكر شراء المريض ، كما لم يذكر اراءه ، وقراراته سواء ، أكانت وارث أم لأحس ، ثم يرجع فيها للشرعة ، فليس على البيع ، ولأن أحكامها ذات صلة كبيرة بالميراث ، والميراث يحكم فيه مقتضى الشرعة ، ولأن اقراراته وارياءه تأخذ حكم الهبة ويحكم فيها بمقتضى الشرعة فى الحجة ، اختلفت المحاكم فى ذلك أيضاً . فبعض المحاكم قصر الحكم على مورد النص ، واعتبر مصرف الذى أعطى فيه المريض حكماً خاصاً فى القانون الذى هو البيع ، ويتنصر عليه ، لأن المريض كامل الأهلية ، فلصرفاته أحكام كاملة لأهلية ، ولأن نص على البيع جاء على خلاف القياس ، وما يحى ، على خلاف قياس لا يعطى نص فيه ، ولا يقاس عليه غيره ، ونوابد الشارع أن يأخذ بكل أحكام مريض مرض الموت التى احصاه لشرعة بها لمقابلها جملة اية ، ولم يقتصر على بعضها ، فاقصاره على بعضها دين على أنه ما أراد غير ما احتاره ، وما قصد غير ما قلده ، فاداً توسعاً فيها وأعطيها تصرفات مريض كل الأحكام التى أعطيتها فى شرعه كان ذلك تعميلاً للنصوص ، لا تخمين ، وكان فوق ذلك محدة فصد الشارع فى تخصيص ما ذكره سلك الأحكام وبعض المحاكم ترى أن تمتد تصرف المريض من الموت بما لا يصر

(١) راجع بحث الأستاذ كامل بك مرضى النوبة عنه .

ما نزلت يجب ألا يقصر على ما نص عليه في القانون بل يعمده إلى تصرف
 التحقق فيه المصاهرة بالوارث ، وخصوصاً فيما نص عليه المذمة الاسلامي ، وذلك :
 لأن نص على تنييد بيعه عرض منه تقرير القاعدة الشرعية العامة التي تقضي بعدم
 عدم تصرفات المريض مرض الموت التي تصرف الورثة وتعطيل حكم الوصية ، فقصر
 نص على البيع لا يمنع شمول ما عداه ، لأنه لا يرد نص مما يمنع من تعميم الحكم
 على كل التصرفات التي تصرف بالوارث كالإقرار لأحد الورثة في حال المرض ، ولا بنية
 سوى الإقرار من أم نص ، وكاشراء من وارث بمحاولة ، أو الشراء من الأجنبي
 بمحاولة بخلاف الثلثين ، هذا والنص مطلق ، فما من نص في القانون إلا وله عليه
 باعثة عنه ، وحكمه دافعه إليه ، ونية هي بالاربع مع الضرر الواقع على الوارث
 من تصرفاته سواء كانت إيجاباً أم احداً ، ولا يتصور أن الشارع أتى
 نص من غير نية ، والأكل عادي ، وإن هذه النية تتحقق في غير بيع
 بالوارث ، وأكثر مما في البيع ، فهي واضحة في إقراره بالوارث بما لم يتم عليه
 بنية ، ولم يوجد عليه أي دليل سوى هذا الإقرار ، فهو محل في بيع بذلالة
 الأولى لوضوح الغاية فيه أكثر من البيع ، عداً ولم يوجد نص في القانون بين
 أحكام تصرفات مريض مرض الموت في غير بيع ، ولا حائر أن قول أن أحكام
 الصحيح تشملها ، لأنه لا يرد نص . شرعية قد حدد من تصرفاته مما يحفظ للورثة
 حقوقهم ، ويعتبر نقضاً أن المريض عارض من عوارض الأهلية يرد عليها بالتقييد ،
 ولا تطبق عليه المصوص الخاصة بالصحيح ، لأن هذا حرته المطلقة في التصرفات
 إذا لم يتفق مع حق غيره أما ذلك شريفة مفيدة ، تتفق حق الورثة بماله وإد
 كالم القانون لم يأت بخصوص تدوين تصرفات المريض مرض الموت فالتقصي ،
 مأمور بتطبيق قواعد العدل والإنصاف بمنتهى مبددة ٤٩ من لأهمية ترتيب
 الحكم الأهلية ، وليس عدل من احاطة المورث . وهو في مرض الموت سبيح
 يعمده من إصدار تصرف يصير بمصاحبة بعض الورثة ^(١)

١ . استحضار أدلة الفريقين من الحكم مما ساقه الأستاذ السكندر لا كغيره محمد كامل
 . منى من أحكام في بحث المريض مرض الموت لموده عنه سبها .

٢٠٣ — هذا وإن تناول المحكم الأهلية بدرجاتها تصرفات المريض مرض الموت في أحكامها جعله موضع بحث واستساض وعرض في مقته الحديث ، فأتسع نطاق البحث فيه ، وكثر التمس في تعليل أحكامه ، ولتكشف عن مدفوع آراء الفقه الاسلامي فيه . وتسمع دفاعه ومراميه ، فاستمدد الفقه القدم حياة جديدة ، وحرى فيه دم عزيز أمده به الفقه الحديث ، وهكذا كل موضوع يتناوله التطبيق الحر ، ويأخذه بأخيل الفكر المستقيم ، فاقتد كال شمس الأنصار وتساب الآراء ، وأحكامها معيشا لجواب الموضوع من نواحيه الفقهية والقانونية والمصاحية وكل كان موقفه في اتجاهاته ، لا يبعد عن سمب الشريعة وضرمتها لا في التذيل الدرد حد^(١) والدادر لا يطمى حكما ، ولا يطمى على ما في الكتب مما يوجب الثناء والاطراء .

الولاية

٢٠٤ — تكلمت في معنى على أحد المقصرين اللارمين بعد العقد ، وهم الأهلية والولاية . متكلمت في أهلية المحرم ، وأهلية الأداة في حال قدده . وفي حال قصوه ، وقلمان كره ، ملوح وإرشد ، ثم تكلمت في أهلية المرأة وأهلية المريض مرض الموت ومسايط الأهلية اللازمة صحة للعقد أن تكون عبدة العاقد صالحة لأن يفتد بها معنى العقد ، فمعنى الأهلية في العقود متحدة في صلاحية العبدة في ذاتها لأن يفتد بها العقود وتصرفات أو لا يفتد . فاد

(١) ومن ذلك أصل الدردم جاء في أحد أحكامه حكمه لاستيف من « أنه ذ أوصى شخص لأخيه غدار نصف وادهم شوي في تركه ، فهو بعد موته من الحقوق إلى كل أولاد ذلك الدرد ، وعليهم من الواجبات ، ومن هذه الحقوق أن يبرو أو تسعوا عن جزء السع الصادر من خدم سافي أولاده في مرض موتهم . ومن أعب الحكمه حكم بحكمه الاسدثة الذي قضى بغير أولاد ابن المولى موسى بم ، لا ورثه ، واعتذر سيع الصادر عن الجسد عدولا عن الوصية في مقدار تسيعه راجع في عهد تحت الأسناد كامل من مرضي وعندي أن هذا لا يؤمنه فقه ، ولا يعتمد على قانون ، من يناديه الفقه الاسلامي ، والخبون المصري ، ولكن يلاحظ أن المائرة التي أصدرته فيها عضوان انجليزيان والثالث مصري .

انضمت العتود بمادة شخص كان عنده أهلية أداء كاملة أو قصيرة ، وإن لم تكن عتوده صالحة لأن يعتمد بها عتود لم تكن عنده أهلية أداء أصلاً

هذه هي الأهلية ، أي الأهلية معناها أن يكون للعائد سلطة تمكنه من سعيه اعتماد ، وترتيب آثاره عليه ، وذلك السلطة قد تكون بالأصل ، وقد تكون بقيام الشخص على شئ غيره بولاية شرعية أعطاه له الشرع اشرف ، كولاية الأب على ابنه ، وولاية الجد على حفيده . أو بوصاية من أئى الشخص أو جده ، أو نائب ، وقد تكون تلك السلطة موكين صاحب الشأن وإرادته ، كما في التوكيل . سعي و شرف ، وامسكاح ونحو ذلك . ومن هذا مبين أن ولاية العائد على العتود تكون لأحد أسباب ثلاثة :

١ - الأصلية . أي أن يكون مولى عنه هو صاحب الشأن فيه ، وذلك يكون كاملاً الأهلية إذ عقد معه مكن الأهلية تمت معه حتى الولاية التامة على شئ نفسه ، فالمالك العاقل الرشيد له الأهلية التامة على شئونه وعتوده . وحينئذ لا يحد منها ، لا ما يتعلق بحق الغير .

٢ - أن يكون بشخص ولاية على غيره ولاية شرعية يعطيه له الشرع ، وهي لا تكون إلا لأب أو اخذ أئى الأب^(١) أو وصية من قبل الأب وأحد أو القاصي ، وهذا النوع من الأهلية يثبت في عتود وقد الأهلية أو رفضها لهؤلاء الأقارب أو اللوصى الذى يعينه الأب ، الحر أو القاصي ، وهذا النوع من الأهلية ترتيب ، ولهوى أو اوصى فيه تصرف حدها الشارع ملاحظاً مصلحة لمولى عتوده لخدمة ومصوبة ، وموضع تفصيل هذا في الأحوال الشخصية ، فيرجع اليه ههناك

٣ - أن تكون ولاية شخص على العتود توكيل من صاحب شأن ، وليس ذلك في الوكالة وأحكام العتود بسببها .

وبذا عقد الشخص ، وعنده أهلية أداء ، ولا تكن له ولاية عدم وجود

(١) وتكون في الكاح للأب والجد ، وسائر القربات .

سبب من سبب الولاية العامة ، فهو قصوى ، فمقصولى من تصرف تصرفاً أو يعقد عقداً ليست له ولاية عليه .

وقد بدأ سبب الولاية الأولى فى كلام على أهية الأداء . ويترك الكلام على السبب الثانى : لأنه مفصل فى لأحوال شخصيه ، وبيانها ههنا يبق وأنسب . فسلكه على السبب الثالث ، ويعتقد المصولى

العقد بالوكالة عن صاحب الشأن

§ ٢٠٥ - الوكالة عقد بين شخصين من مقتضاه أن يعمد أحدهما مفوض الآخر فيما يملكه من تصرف معلوم ، فاعقد بمقتضى الوكالة يختلف عن العقد تمتصى اولاية الشرعية أو اوصاية . إذ أن احدى عقد لأجله العقد له سلطه فى إقامة العقد مقامه فى اوكاله ، إذ الوكيل يتولى ولاية العمد ، لا سمداد من ولاية موكل الذى يعقد له . وفى اوصاية والولاية الشرعية لا يستمد العاقد سلطة ممن عمده له ، بل يستمده من عنصر الشارع له نائب عن القاصر الذى يعقد عنه : لأن القاصر ما أعطاه سلطة ، وأمس له فى اومته ارادة ، بل الذى أعطاه تلك السلطة هو شارع .

§ ٢٠٦ - والقانون الرومى لم يكن يعرف العقد بمقتضى الوكالة الا فى قيامه الآن أو العمد مقام رب الأسرة فى اثبات حقوق له ، فاعترف بتوى هدى عقوده « بعبارة على شرط أن تحقق تلك البنية فى ثبات كونه دائماً صاحب حقوق ، لا مدد تثبت عليه الحقوق والالتزامات ، ثم تدرج هذا القانون بعد ذلك ، فاعترف بعقود يولاهها او كبل عن غيره معتبرا الوكالة ، على أن تنحصر آثارها فى أن يكون موكل مدد تثبت عليه حقوق ، ولا تثبت له تمتصى تصرفات الوكيل عنه حقوق قط ، فاعطى القانون الرومانى فى أى عصر من عصوره الموكل الحق فى أن يطلب من عمد معه وكيله يحكم العقد وحقوقه ، بل يتولى ذلك الوكيل ، وإن أعطى ذلك لقانون فى آخر أدواره من عمد معه الوكيل الحق فى مطعنة

من وكلة محقوق العقد عليه ^(١) .

فما حلف الفقه الحديث من بعد القانون ابرو منى اعترف بوكالة واسمهم ، بيد أنه لا زال القانون الفرنسي لا يحجر لتوكيل في عقود الزواج والقبض ، والاقرا بالسوة نظيمية والوصية ، وحيث لا يجوز لأحد بأقوال وكيل ، كذلك لا يجوز لأحد بأقوال رسول في هذه المسائل أيت ^(٢)

§ ٢٠٧ - أما الشريعة الإسلامية فقد اعترفت بوكالة كاملة ، وجعلت كل عقد أو تصرف شرعى له آثار يرنها شارع عنه بخود فيه الوكالة ، فكأن ما يجوز لشخص من التصرفات الشرعية والعقود له أن يوكل فيه ، ولم يستثن شيئاً من العقود ، ولا التصرفات إلا الأعمال القدسية التي اشترط الشارع أن يتولاها ذو الشأن نفسه ^(٣) كالبيع ، القصاص من الجاني ، فإن الشارع قد جعل فيه سلطاناً فيه دون سواه ، فلا فضل التوكيل فيه . وفيه التصرفات والعقود الشرعية تمس فيه الوكالة ، وقد ذكر صاحب الهداية صاحباً ما يجوز فيه الوكالة من العقود ، قال : « كل عقد جائز أن يعقده إلا أن نفسه ، حر أن يوكل غيره به » فشرعية كما ترى أوسع الشرائع رجاء وحرية في الوكالة أحاديثها في كل عقود التجارة ، وفي عقود الأمانة ، وسائر التصرفات كالوقف والاعتاق والطلاق وأجمع وغير ذلك مما يملكه الشخص ، وبمكة الإجابة وبه يحكم الشارع ، وذلك لأنه قد ورد في الآثار عن امي صلى الله عليه وسلم أنه وكل غيره في عقود مائة ، وه يعرف أن هذه خصوصية له فتكون عامة ، كما ثبت أنه وكل عمرو بن أمية الضميرى في تزويجه عبه السلام من حبيبة وهي بالحشة ، من بعد ثبت أن الأمة الإسلامية قد أجمعت على جواز الوكالة في الجملة ، لأن الحاجة داعية إليها ، فإن من الناس من لا تمكنه فعل كل ما يحلحله الله بنفسه ،

(١) و (٢) راجع نظرية العقد الأستاذ الدكتور اسهوى في كتابه ص ٨ ٢ .

(٣) ومنه استهدفة من الإمامة فيها لا يجب ، وكذلك الجنب . وفي ذلك من لم يشق ائني لا يقبلها الشارع إلا من الشخص نفسه .

فاحتاج الى وكيل يقيم مقامه كما أن « من الناس من لا يحسن البيع والشراء ، ولا يمكنه الخروج الى الأسواق ، وقد يكون له مال ولا يحسن التجارة فيه ، وقد يحسن ولا يتبرع له ، وربما لا تلقى به التجارة سكونه امرأة ، أو من يتغير سوعه ، ويحط ذلك من مبرته ، فأباحها الشارع دفعاً للحاجة وتحصيلاً لصاحبه الانسان » (١) .

§ ٢٠٨ والوكيل يسر الولاية على العقد من لوكل ، كما ذكرنا ، وبما يجب أن يكون الوكيل ذا أهلية يعقد الذي يمتد وكيفية توكيل منه فيه : لأنه يستمد قوة منه فيه . وبعد العقد يتمكين لوكل منه ، فيجب أن يكون هو أهلاً له ، إذ فاقد شيء ، لا يعطيه غيره . وعلى كل ذلك أن كل من صح تصرفه في شيء ، نفسه ، وكان تصرف ما يفسد اليانة صح أن يوكل فيه أي شخص سواء كان رجلاً أم امرأة وسواء كان مسلماً أم غير مسلم ، ومسايطر المساط كما نرى امتلاكه للتصرف بنفسه في يوكل فيه . فلا يملكه معه لا يملك لتوكيل منه . وعلى ذلك لا يصح التوكيل من محبون ، والصبي الذي لا يعقل أصلاً : لأن العقل من شرائط أهلية الأداء . فليس عند هؤلاء أهلية ذاتية ، فلا يملك التصرفات بأنفسهم ، وكذلك لا يصح التوكيل من الصبي العقل بما لا يملكه نفسه كإطلاق والمدق والهمزة ، ونحوه ، ويصح توكيله بالتصرفات البسيطة منه كقبوله أهلية لأنه مما يملكه بنفسه بدون أدوية ، فمست التوكيل فيه أي غيره : وأما التصرفات الدائرة بين المنع وحصر كإتباع والإحارة ، فإن كان مادوناً ما تدرية يصح منه التوكيل فيها : لأنه يملكه بنفسه تمتنعى ذلك الأدنى . وإن كان مكن مادوناً يعقد توكيله في اعتماد القادة المنع ولصرف موقوف على إحارة وفيه توصية (٢) ، والعمه ودو اعتقه يجوز توكيلهما في كل ما يملكه بأنفسهم من غير توقف على أدوية تختم على شتمهما ، فيصح منهما التوكيل بالملك

(١) انظر جزء السادس من ٢٠٣

(٢) انظر جزء السادس من ٢٠٠

والطلاق والوفع على نفس وإسرية ومن بعدهما على فقره ، وانوصية به لا يريد
عن الثلث اذا كانت على غير وصية أهل الفساد ، وهكذا .

هذا ما يتعلق بما يجب توافره في الوكيل ، أما الذي يجب توافره في الوكيل ،
فليس هو كمال الأهلية بل صلاحية عذارته لأن يعتقد بها عقود ، أن تكون ذا قصد
معتبر في إتياء مطلق عقد ، ولذلك يجب توافر شرط واحد فيه ، وهو أن يكون
أقلاً سواً ، أو كان ، ما أم غير تابع ، وسواء كان رشيداً أم سعيها ، فيصح أن
يكون الصبي الصغير وكيلاً عن غيره ، لأن عذارته صلاحية لأن تعتقد بها العقود ،
وهو يبيع به في الحلة ، ولكن عقودها عارية به لأن تعد عليه رعاية مصلحته ،
ورحمته به خشية أن يؤذيه صنف الصغر ، والمقنود حتى قبل الضرر والنفع احتاجت
إلى إذن الولي ليجمع رأيهما ، وقد حذف الشافعي رضي الله عنه في صحة التوكيل
للصغير ، وذلك هو مقتضى قاعدته بماله أن كل شيء حكر على الصغير فيه
لا يبعد اذا تولاه هو ، وقد حكر الصغير لمير عن اعتقود ، فلا يعتد منه لنفسه
أو لغيره ، وقد بينا ذلك فيما مضى .

أما أبو حنيفة وأصحابه فيسيرون على مقتضى قواعدهم ، وهو أن الحكر على
الصغير الصغير ليس له صلاحية عذارته للعقود ، بل الحصة ماله ، وعجزه عن
إدارتها تقتضي صغره ، فصح إليه من نفسه ويهديه ويريه ، وهو الولي والوصي
وتقد روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما حطب أم سلمة قالت إن
أولياي غيب يارسول الله ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « ليس فيهم من
يكبرهني » ثم قال عمرو بن أم سلمة قم وروح أمك معي ، فروحها من رسول الله
صلى الله عليه وسلم ، وغدقوا له كل في ذلك الوقت صبياً^(١) ميراً ، ولم يكن
قد بلغ الحلم ، فدل هذا على صحة إقامته وكيلا في المكاح ، والمكاح أحقر
العقود ، وأبعدا أثراً في حياة العاقدتين .

٢٠٩ والوكيل إذا تمت وكأنه يعتقد العقود التي يعتقد عذارته هو ،

لا إرادة الموكل ، وإرادته هي العصر الداخل في تكوين العقد بتلقيه مع إرادة
 العاقد الآخر ، ويست إرادة الموكل هي العصر للكون ، وهذا ما تصرح به
 كتب الجمعية ، وتنطق به العبارات المأثورة عن فقهاءهم فقد جاء في الريلبي
 ما نصه . « الوكيل أصل في العقد : لأن العقد يقوم بالكلام ، وصحة كلامه
 مسار كونه آدميا عاقلا ، وقيسته أن يكون الحاصل بالعقد واقعا به ، غير أن
 الموكل ما استماه في تخصيص الحكم حصاه دائما في حق الحكم للصورة كيلا
 يطل بمقصوده » ومثل ذلك جاء في ليدانغ وفتح القدر وغيرهما ، وهذا يدل على
 أن ذلك هو مذهب أي حبيفة ، والوكيل إذن على هذا المذهب يعتقد إرادته
 لا إرادة موكله ، وما عساه يكون عينا في الرضا يتفق بإرادته هو لا بإرادة
 موكل ، فإكرامه بعد العقد ، كما أن هبه بعده أصا إذا كان من العقود
 التي يؤثر فيها الملل والأكرام ، وله شرط الخيار بنفسه ، وله إرد بخيار العيب ،
 وله خيار الفسخ إذا تبين أن العقد حصص فيه علق بأن عقد على أساس أن العقود
 عليه موصوف موصف مرغوب فيه ، وسين به موصوف بعينه ، لأن كل هذه
 الأمور تتعلق بالرضا ، والمبرة في الرضا هو رضا العاقد ، وهو الوكيل هنا .

§ ٣١٠ — وإذا كان العاقد بمقد إرادته المستقلة . وهي العصر الداخل في
 تكوين العقد لا إرادة الموكل ، فهل حكم العقد وحقوقه ترجع في الوكيل ؟ وقبل
 الإجابة عن هذا السؤال نوضح الفرو بين حكم العقد وحقوقه . حكم العقد المراد به
 هذا الأثر المترتب على العقد الذي يثبت شكل من العاقدين قبل الآخر ، وحقوق
 العقد كل ما تحصل بتسديد أحكام العقد ، والتمكين لكلا العاقدين بما أعطاه
 له العقد وضمان سلامته المتقود عليه ، وأنه وفق الأوصاف التي وصف بها . ولذا يعد
 من حقوق العقد في البيع تسليم البع ، وقبض الثمن ، وإرد بخيار العيب ، وخيار
 فوات الوصف مرغوب فيه ، وضمان رد الثمن إذا تبين أن البع لم يكن ملكا
 للبائع وقت البيع وغير ذلك . أما حكم البيع فهو ثبوت ملكية المشتري للبائع .
 واستحقاق البائع للثمن المذكور في العقد .

وبعد هذا الترتيب الذي يتميز به كل من حكم العقد وحقوقه بين أي من يرجع حكم العقد وحقوقه في العقود التي يتولاها الوكيل . اتفق الفقهاء على أن حكم العقد يرجع إلى الموكل ، سواء أضاف الوكيل العقد إلى نفسه ، أم أضافه إلى موكله : لأن الوكيل ما عقد معه ، من عقد لغيره ، فهو من تولاه أصيلاً ، من تولاه شيئاً عن غيره ، ومقتضى هذه السادة التي لا تستلزم العقد ولم تفارقه أن تكون أحكام العقد بالأصيل لا للوكيل . والا كان عاقداً معه لا غيره ، وما يكون وكلاً ، بل يكون أصيلاً ، وذلك غير العرض

أما حقوق العقد فهي ترجع إلى الوكيل إذا أضاف العقد إلى نفسه ، وكان العقد مما تصح إضافته إلى الوكيل بحيث لا تمنع إضافته ^(١) إلى الوكيل أن تكون أحكامه إلى الموكل ، وليس ذلك لأن العقود قسمان عقود لا تصاب إلى الوكيل قط ، بحيث لو أصيبت أنه صار العقد من كل النوع إليه ، كعقد السكاج والمضاربة والفرض والأمانة ، وهذه العقود قسمان : (أحدها) عقود لا تترأخى نسبتها عن أحكامها ، وهي عقود السكاج والخم وما يشابهها من العتاق والصفاق ، وهذه لا يمكن أن تصاب إلى الوكيل ، لأن نسبتها تنقض فوراً آثارها ، فلم تقبل أن يكون

(١) يشتهر العقد الذي يضاف إلى الوكيل لأن الموكل بطرقة الشخص مستمر في القوايين حذسه ، أو نظام الأصل لمستور في عقود الأخرى ، وقد جاء في كتاب بطرقة العقد لأستاذنا المهورى بك ما نصه : « في هذا النظام يضاف إلى صاحب شخصياً مع استمراره يظهر بعد ذلك أنه أراد إضافة إليه عن الغير ، وباتبع من أنه م يذكر ذلك وقت التعاقد ، ومن أن الغير الذي تعامل معه عند كل تعامل معه يصنفه الشخص لا يصنفه بال ، من الأصل لمستور بعد أن يظهر يكون علاقته مع الغير الذي يعامل معه الذات علاقته مباشرة . ويستمر في حقه العقد الذي يشره بأنه ، ما دام هذا العقد من كل من شخصه السابقين محل اعتبار . وما دام ثبت أنه كان يستمر في الغير الذي تعامل به أو مع غيره ، وهذا النظام الأخير هو في الواقع مرحلة من مراحل النظام الأسبق المستمر الذي يعرفه القوايين الثلاثة والقوايين الخمسة ، فإن هذا النظام الأخير لا يجعل العلاقة مباشرة بين الأصل والغير بل بواسطة نفسها الثالث ، ويرجع كل منهما إليه دون أن يرجع أحدهما إلى الآخر أما النظام الأخير ، فيسمح هذا الرجوع « اه والفرصة في أنها جعلت الحكم في العقود المضافة إلى الوكيل يرجع إلى الموكل والحقوق ترجع إلى الموكل قد أحدثت أضراراً في النظرتين جعل الحكم من الأصلين واحق في يرجع للوكيل .

سبب اللوكيل ، وإثره لموكل : بل يجب أن يكون كلاهما شخص واحد تتم
الانضمام بين السبب والأثر ، فلم تصح ، لا مضافة موكل ، ومن اللوكيل فيها إلا
الطلق نصعة العقد ، ولذلك قالوا أن الوكالة فيها سفارة ، ويست وكالة حقيقة .
إذ اللوكيل فيها يس ، لا سفيراً ومعبراً ، وبذلك شأن أوكيل المصق . (١)
عقود لا تتم ، لا بالقصص ، وهي ائمة والصدقة والاعارة . ولقرص ونحوه ، وهذه
تكون أوكيل فبها أثبات سفيراً . لأن أوكيل يجب أن يصيغها أي موكل ، ولأن
لقدس حر ، متم للعقد ، فبها لا يكون قصص ائمة ، بذلك وهو الحكم ثالث
موكل فيجب أن يكون ، ثانياً في القصص وهو حر ، العقد ، فيكون ، ثانياً فيه
كله ، فلا بد أن يصيغ العقد إلى موكل ، ويكون أيضاً سفيراً ومعبراً ، بخلاف البيع
وأحواله في ذلك ، فإن أوكيل فيها مستثنى لاشاء العقد ، فإن أضافه إليه لم يمنع
ظهور أحكامه موكل ، بدولوا الحكم ثلث في البيع ونحوه للوكيل ، ثم يتمثل
لموكل ، على ما سبق ، وذلك كله غير متحقق في عقود التي لا تتم ، لا بالقصص .

وبعد بين هذه الأقسام نقول أن العقود التي لا تكون مضافة إلى
موكل ترجع المحقوق والأحكام فيها إلى الموكل . ما من أن أوكيل فيها تبيع
كل شيء ، بوصف كونه ، ما ، فهو في الحقيقة سفير ومعبّر ، ما ، العقود إلى
تضاف إلى أوكيل ، وليس من خواصها ما يمنع هذه المضافة ، فإن حكم العقد
يكون لموكل ، وحقوقه تكون للوكيل ، ولا تذكر كتب الخلاف الفقه حلالاً
في هذه المسألة . ولكن كتب الحقيقة تذكر فيها خلاف الشافعي (١) ، ونقول أنه

(١) بعد الأستاذ السبوري بك مقابلة من مذهب أبي حنيفة ، ومذهب الشافعي ،
فيقول أن مذهب أبي حنيفة يوجب من عقود الرواس ، ومذهب الشافعي يوجب من العقود
الحديث ، وعن نظر رأي في قرب مذهب الشافعي من لعدين الحديث ، ولكن ظاهره ثلث
الحقيقة في قرب مذهب أبي حنيفة من العقود الرواس ، وذلك (١) لأن الصواب الرواس
حتى آخر أدواره لم يعمل بموكل ذلك فقد أذا في أيام الأس أو بعد مقام رب الأسرة .
ومذهب أبي حنيفة يعمل بموكل دائماً بعطائه حكم العقد ، وحقوقه فيها لا يصيغه الموكل أو
الموكل ، (٢) ولأن أبي حنيفة أعطى العائد آخر حق عطائه موكل ، لأنه أئمة صانع
لأحكام عقد ، ولا يحرم عنه التأصيل في حالة عدم ائمة العقد إليه (٣) ولأن جعل المحقوق —

يرى أن حقوق العقد كحكمه ترجع في هذا النوع من العقود إلى الموكل ؛
 ويدكر حجة في ذلك كون الحقوق لا تنصل عن الأحكام ، فلا تكون آثار
 العقد وأحكامه شخص ، بين حقوقه تكون لآخر ، إذ الحقوق تابعة للحكم
 ملازمة له ، فإذا ثبت حكم العقد لشخص ، فلا بد أن تتبعه وإرثه وتوابعه ، وهي
 الحقوق . وأما فإن حقوق عقود المصوصات التي تصح إصابتها إلى الوكيل تمتاز
 عقود السكاح وإخوانته التي يعقدها الوكيل غير مصيبتها عنه في حكم الوكالة ،
 إذ الوكيل في كليهما لا يعقد عنه ، بل يعقد لغيره ، وقد جهسا الحقوق تعود إلى
 الموكل في هذه ، فكذلك الحقوق في تلك تعود إلى الموكل ، ولا فرق بينهما .
 ويستدل الحنفية لأبيهم ، وهو رأي أكثر الفقهاء بأن الوكيل هو العاقد
 حقيقة ؛ لأن عقده كلامه ، ومن ثم بذاته حقيقة الصادر عنه أفعال وعسرات مقصورة
 ممددة على العقد ، فلا يصح أن ينسب العقد إلى الموكل ، لأنه ليس فاعلاً له ،
 والوكيل لم يصبه إليه ، إذ لم يتكلم بصارفة يستند بها في عقده حيث لإرادة
 الموكل ، ومنقبت العقد عليه ، فلا بد أن يكون حقوق العقد ورواها التي
 يتم بتفصيل أحكامه ، وينتم كل من طرفه من حقه — راجحة إلى الوكيل ،
 لأن العاقد الآخر لا يعرف سواه . وكان مفتضى هذا أن يشب الحكم أيضاً
 له كبن ، ولكن شرع جعل الحكم بشت هوكل ، لأن العقد ، وإن لم يكن
 صدر عنه ، ولم يذهب إليه ، قد صدر بأمره ، وأما به ، فكان الحكم له عندما
 لمعى ، وكان في عقد الوكيل الذي سائر من غير أن يصيحه إلى الوكيل حقيقة
 شرعيتين لابد من اعتناهما معاً : الحقيقة لأولى أن الوكيل يعتبر هو العاقد ،
 وإن العاقد الآخر لا يعرف سواه ، فلهذه والحين اللذان أوجهما العقد يكونان
 موحيين إلى الوكيل ، الحقيقة الثانية أن الوكيل ما عقد إلا تعميماً لأمر

— الوكيل إنما هو في حال واحدة ، وهي : إذ أصاب أحد من هذه ، وذلك كما قلنا يشبه نظرية
 الشخص لستمر أو الأنسب استمر في الفواجب المحدثه . والحقوق والأحكام ترجع إلى موكل
 في نصيبه الوكيل إليه ، فلا حرب بين مذهب أبي حنيفة والمذنبون الرومان ، إلا إذا كان القرب
 يقاس بالفراخ والأهبال ، لا بالأدوة والأشبار

وأضاف اعتمد في منه ، وكان المصدق الآخر لا يبعد أنه محجور عنه ، وأنه يتولى
 العقد تأسيساً عن غيره ، فله الحد كما أن يبقى العقد أو يفسخه ، وذلك لأن شرط
 عقود المعاوضات ، وهي التي يجوز أن يتبناها الوكيل في عنه — رضاء ، وقد
 احتل الرضاء ، لأن ما قدم على العقد إلا وهو من أن تمتعت العقد ترجع
 على من عقد معه ، وهذا بين أنها مست في معنى ذلك أن الرضاء يمكن على أساس
 صحيح شغل من من حاشه ، فيكون له الفسخ كما يفسخ بحياز العقب . ولكن
 المروى في ظاهر الرواية أنه لا حاشه له ، قد مع أو كمل المحجور عليه ، لأن الحمل
 هو ليس بعد ، إذا كان تمكنه التحري وإلمه ، وحبسوا إذا كان أو كمل صدا
 أو سعيها اشترى احجر عليه ، فكان عليه أن يسخرى العقد المحجور عليه بدون عنه
 في التجارة فترجع الحقوق إليه . أم لو كمل من مانت حاشه فترجع الحقوق إلى
 الموكل ، وما دام لم يسخرى فخل تقصيره منه ، فلا يكون حاشه على غيره ، حتى
 له فسخ العقد مقتضاه .

٢١١ - ذكره في معنى العقود التي تكون حقوق فيها رجعة إلى
 الموكل ، وهي العقود التي تصاف إليه . ووضح فيه رجوع الحكم وتوابعه
 الموكل : لأن العقد مصدق فيه أحكامه وتوابعها أما إذا كان العقد مصدقاً إلى
 الوكيل ، فوضح أن الأحكام والتوابع تكون له ، لأن الإضافة إليه ، وهي
 تنص في تكون الأحكام لها مصدقة في الوكيل ، إذ الإضافة معها سنة
 العقد لكل آثاره إليه . ولكن العقب ، يتوون أن الحكم يكون للموكل بمعنى
 الذي ذكره آنفاً ويختلفون في طريقة ثبوت الحكم به مع أن الإضافة
 غيره ، وهو الوكيل ، وهو احتراف صريح ، ولكنه يفسها فكرة العقب ، في
 سلطة الوكيل في العقود التي يصحب أن منه ، عند كره هذا ، ولأنه يبين رأي
 الفقه الاسلامي في بصرية الشخص المسعر ، في انقضاء الحداث ، أو الأصيل
 المستور كما يسمى في الفقه الانجليزى .

يحتج انقضاء ، في صرامة ائتمار الحكم إلى الموكل مع أن صواهر الأمور

كلها تحمل العقد أحكاما وحقوقا للوكيل إذا أصيب فيه ، على ثلاث طرق :
 الأولى طريقة أبي طاهر الناس ، وهي أن الحكم يثبت للموكل بطريق الخلافة
 عن الوكيل بمعنى أن الأصل أن يثبت كل شيء للوكيل بمقتضى اصفاء العقد
 اليه ، ولكن بمقتضى النيابة التي صار له بمقتضاها سلطان في العقد ، يخاف
 الموكل الوكيل في أحكام العقد ، ويثبت الحكم ابتداء للموكل ، ومقرب ذلك
 بمثل نصرة وذلك أن العقد لا يملك ، بل هو وما ملك يده سيده ، ود
 استوى العقد على شيء ، مباح يكون له ابتداء سيده بطريق خلافته للعقد في
 ذلك المالك ، وكذلك إذا اشترى الوكيل : فإن ملكية لمبيع نشت ابتداء للموكل
 بطريق أنه يخاف الوكيل في هذه الملكية بمقتضى الوكالة ، والأصل أن يقتضي
 هذه الطريق أن ملك كل يثبت للوكيل ، ولكنه نشت ابتداء للموكل بطريق
 الخلافة عن الوكيل ، ويرى أن الفقهاء بمقتضى هذا التحجير لا يحملون الحكم
 يثبت أولا للوكيل ثم ينتقل إلى الموكل ، بل يثبت من أول الأمر للموكل ، كما
 ثبتت الملكية بمجرد استيلاء العقد على المباح سيده بطريق خلافته عنه وأكثر
 فقهاء الحنفية يأخذون بهذا القول . وقال عنه صاحب الهداية أنه الصحيح ،
 ويمثل هذا ، في المعنى وذكر أنه مذهب أحمد والشافعي ^(١)

الطريقة الثانية طريقة أبي الحسن الكرخي ، وهو يرى أن المالك يثبت
 أولا للوكيل ثم ينتقل ثانية إلى الموكل بمقتضى انحصار النيابة ؛ لأن عقد صدر عن
 الوكيل ، ولم يثبت نسخته إلى الموكل فكان مرسوم بكل أحكامه وتوابعها للوكيل
 أولا . ثم بعد صدوره يلاحظ أمر حرجي وهو النيابة عن الموكل ، وبمقتضاها
 يثبت الحكم للموكل ، وينتقل له . وقد قال اعتناء مع ترحيحهم لطريقة أبي صهر
 الناس أن كلام الكرخي هو الأصل ، وهو مقتضى استناد العقد إلى الوكيل .

الطريقة الثالثة طريقة القاضي أبي زيد ، وقد نقلها عنه الصدر الشهيد وقد
 قال إن القاضي أبا زيد حالهما ، وقال : الوكيل نائب في حق الحكم ، أصيب في

حق الحقوق : فان الحقوق تثبت له ، ثم تنتقل الى الوكيل من قبله ، موافق
 أنا الحكم في الحقوق ، ووافق أنا ظاهر في الحكم^(١) ، والحق أنه أريد قد حانف
 في هذا ما قرره الاثنان من أن الوكيل يشئ ، انعقد بصارته ، وأنه منسوب
 اليه حكماً وحققاً ، ولكن ثبت الحكم اسداء مخالفة لوكيل عبد الناس ، وغير
 الخلاف ، بل بالانتقال بعد الثبوت للوكيل عند الكرخي حنا ، القاضي أبو زيد وقرر
 أن الحكم يسب من أول الأمر للوكيل بطريق اسانة لا بطريق الاصلية ، وإذا
 كان هو فيه مانعاً ، فهو للوكيل من أول الأمر بطريق الاصلية ، لا بطريق
 الخلاف ، ولا بطريق الانتقال ، أما الحقوق ، فقد واقعتهما في أنها تثبت للوكيل بما
 تضمنت الاضافة اليه من كفالة وعهدة .

٢١٢٥ هذه خلاصة أقوال الفقهاء المصرية في ثبوت الحكم للوكيل
 دون الحقوق في العقود التي يصيب الى ماله ، والألريد أن يحتم تولي العقود
 بمقتضى الوكالة بالتفويض الى أمرين :

أحدهما - أن الوكيل في العقود التي يشولها تمتنعى الوكالة مقيد بما قيده
 به موكل لا يسوغ له أن يحدف ارادته ، ولا أن يحدف على شيء غير ما وصفه
 له ، لأنه يسند اولاية في العقود التي يحدفها وكالة ماله ، فان حدف ، فلا ولاية
 به على ما عقد تمتنعى هذه او كاله ، وعلى ذلك اذا حادف الوكيل ، وعقد عقداً
 غير مقيد بماله فيده به موكل ، فان تمكن جعل العقد له حكماً وحقوقاً فهو
 له ، كأن كان وكيلاً لشراء شيء غير معين وكسر مقيد بوصف فاشترى
 غير هذا الموصوف ، وأضاف العقد الى نفسه ، فاشترى له ، لأن الحكم لا يتبعه
 الى الموكل في هذه الحال الا ولاية بمقتضى الوكالة ، فيكون الحكم له كالحقوق
 من أول الأمر .

وان لم يتمكن جعل العقد له كأن يكون وكيلاً سيع ، ففي هذه الحال يكون

العقد موقوفا على إحارة الموكل لدى خولفت إرادته ، من خارجه بعد ، و
لم يحجزه بطل .

الأمر الثاني — أن الوكيل لا يحسن أن تكون عقوده صحيحة يجب أن
تستمر أهلية الموكل للأداء قائمة ، حتى تنتهي لعقد ، لأن أهلية الموكل يست
شرطا لأداء الوكالة فقط ، بل هي شرط لصحتها أي : إذا خرج عن
الأهلية سقطت ولايته على عقود ، فبطل كل ولاية تستمد منها ، وولاية وكيل
مستمدة من ولاية الموكل ، فيجب أن يبقى أهلية هذا حتى ولاية ذلك ، معنى
ذلك إذا حل الموكل أو حذر عليه وشمل الحذر مصرف المدي وكل فيه صب
الوكالة ، وكذلك إذا مات لأن الموت يحل كمي ، والأهلية أداء معه فقط

المضوى

٢١٣٥ الفصولي (١) هو من مصرف تصرفه عيا مست له ولاية
عليه كمن سيع ما لا يثبت من غير ولاية أو وكالة ، وكان يشتري غيره شيئا لم يوكله
في شرائه ، وأبست له عليه ولاية الشراء وكان يأجر ملك غيره وهكذا من العقود
وسائر التصرفات التي تصرفها الشخص في شيء من غير ولاية أو وكالة فيها ،
فيصرف قسويا في تصرفه

(١) هذا هو المصطلح شرعا ، وفي لغة من هو سم كل — حسن يتصرف في حق غيره
بلا إذن شرعي منه كالأجنبي يروح أو يبيع ، ولم يرد في المصطلح أن الواحد — وإن كان هو
البيع ، لأنه صار منه كالمع هذا المعنى تصور كالأجنبي الذي يذعرار هكذا في اسمه
لأن الأجير — وهو في حق المصطلح — عيب في الاسم ، وما لا ولاية به فيه ، وهو كما
يرى أنه أي الفصول على أنه : لأن الفصول ، والمفصل — ردة ، وقد عيب كله الفصول
في المصطلح عن الرادة — لا حيزيب وقد سم في المصطلح — عيب — عيب ما لا حيزيبه ،
حتى قيل

فصول بلا نص ، وليس بلا — وعيب ما لا قول ، وعرض بلا عيب
وعلى ذلك يكون منه فصول في الجمع ، لأن زيادة فصول — عيب — لا يعيبه زيادته
لا حيزيب ، وعلى ذلك من أنه بجملة المصطلح — عيب في الجمع

و عند لدى يتولاه الفصولى يكون موقوف على احرة صاحب شأن ، اذا كان
 به محير ، كأن يبيع الفصولى عدراً شخصاً وشيداً ، وتصره أن يرعى شئونه ، و
 يستد الفصولى كاح امرأة على رجل قبل أن ترجع اليها ، ويستد بها فتيته ،
 فى كل هذا وأساعه يصور عند الفصولى موقوف على احرة دى الشئ ، و
 لا يمكن للعند محير لم يستد شخصاً ، كاختلع عن صغير مبيع ، و لا بيع لا يمكنه
 الصغير ولا يمكنه بولى ، و التوفى أبداً ، فلا يستد العند ، لأنه لا فائدة من
 عقده مع بوقف مد حكمه ، و التوفى بعد الاكل من مبيع من يملك احرة
 ممد ، واعط الفصولى حقه له كانه ، و احراجه عن حقه الفصولى .

واعتبر عند الفصولى معتقد موقوف باسمه لأحكامه على احرة من له حق
 الاحرة ان واحد بعد قول فى حقه ، ما من واحد فى روية عنه ، و حاق
 شئ على وفال ان تصرفات الفصولى لا تصعد ، من تصد ، صدق ، و قوله عذرات
 عقده معتد ، و ثمة هذا الحاق بغير فى حال الاحرة ، و انه اذا حر من له حق
 الاحرة احرة معتد يعتد لعند قد وجد ، مما ردت الى عدها الفصولى ، و يكون
 الاحرة اللاحقه كالادان السابق ، و لا حاجة لأش الفقد تصدعه جديدة ، و هذا
 عند من يقول ان عند معتد موقوف ، أن الشافعى الذى قال به لم يعتقد
 محلاً ، فالاحرة عده لا تجتنبه ، لأن عبارة وعت منه ، و الاحرة لا تحجب

٢١٤٤ - ووجه نظر الشافعى فى قوله ان عند الفصولى باطل غير معتد
 أصلاً (١) أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال حكيم بن حزام « لا بيع
 ما ليس عندك » (٢) فهذا يدل على نفسه من جهة من جهة أن بيع الإنسان

(١) هذا فى المجموع فى تصرف الصغير ، و حقه « ان مدعا يسوور مدعة ، و لا
 يفت على الاحرة ، و كذلك وفت و سافر جفود ، و يفت قد لا تور و ابن المبر
 فى أسبح الروتين عنه و قد مالك عقب سبع و خرو ، و مكاح على الاحرة ، قال أحازره من
 بعد نه صبح ، و لا يصح

(٢) و نصه بعد حديث مدقة حكيم بن حزام فقد قال « أن رسول الله صلى الله عليه -

ما لا تملك لا يعتقد لأنه لا يعتقد صحيحه تصرف فيه مهي من الشارع
الحكيم : إذ الهى يقتضى الفساد ، والفسد لم يعتقد على مذهب الشافعى
كما سبق .

(٢) وأن أسس الاعتقاد الولاية الشرعية على العقد ، والولاية كالأهلية
شرط لصلاحية العبرة عند العقود ، ولا ولاية إلا أن يكون العاقد ذا شأن في
العقد ، أو تكون له يدعة عن صاحب الشأن بولاية أو وكالة ، وحدث لأن شرط
اعتقاد العقد أن يكون لعاقد ودراعى تمكين العاقد الآخر من كل أحكام العقد
بأمانة . وإذا لم تكن عنده هذه القدرة الشرعية لم يعتقد عقده ، ويصير كبيع
غير مقدور تسليمه ، وكبيع طير في الهواء ، أو سب في الماء ، أو وحش في
الغلاة ، ولا شك أن المصطفى الذى يتصرف من غير ولاية له ليست عنده القدرة
الشرعية التى يستطاع بها تنفيذ أحكام العقد ، فلا يعتقد أن كان يعتقد العقد في
الأمثلة التى سبقها .

هذه وجهة نظر الشافعى فى قوله ، ووجهه نظر الحنفية والمالكية ، والحنابلة
فى بعض الروايات ما يأتى :

١ — ما روى من أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أعطى عروة أسرق
دياراً يشتري به شاة تكون أصحبة يشتري شامين بدينار ، وباع أحدهما
بدينار ، ثم أتى صلى الله عليه وسلم شاة ودينار ، فأقره عليه السلام وده
له بركة فى بيعه ، فكان لو اشترى ثوباً ربح فيه ، ولا شك أنه فى بيعه إحدى
لشائين كان مضموناً ، فلو كان هذا البيع لم يعتد ما أقره النبي عليه السلام ،
وما استحل بيعه إنكاراً ، بل لأمره باعتدته صاحبه ، ورد الشاة بـ كنهه أقره

عنه وسلم فبعض أصحابنا يأتى من البيع ما ليس عدى ، أو ابتاع له من السوق ، ثم أقره
عنه ، قال لا تبع ما ليس عدى . وقد سبق المحمودة أحداث أخرى تأييداً للرأى الشافعى
مما أنه صلى الله عليه وسلم قال : « لا تطلق الأفيق منك ، ولا تبيع إلا بما تملك ، ولا تبع
إلا بما تملك ، ولا وفاء نذر إلا بما تملك » .

وإن حاربه فذل هذا على أن عبارة هذا الفصولى كانت من نحو القول ، وما كان عقده باطلا ، و يدين عبارة الفصولى بتعقد سها التصرفات والاعتقاد ، وذلك هو المطلوب ، وهو المستحقة المقررة عند الخفية ، ومن ذهبوا مذهبهم .

ب - أن تصرف الفصولى تصرف صدر عن أهله في محله ، فيجب القول باعتقاده ، و يبين ذلك أن الخفية ومن ذهبوا مذهبهم يرون أن انعقاد العقد يكفي فيه أن يكون محله قابلا لحكمه شرعا ، وأن يكون الماقدان ذوي أهلية للعقد بأن يكون عبارتهما مما يفهمها هذا العقد ، ولو لم تكن لأحدهما ولاية على العقد بأن يمكن له قدرة شرعية عليه ، وذلك لأن صحة الاعتقاد قوامها صحة التعبير ، و عاقل ولو قصويا يجب حمل عبارته على معناها ، اعتبارا بالأصلح الذى لا ضرر منه على غيره ، و حمل على الماقل على الإصلاح ، ومن أحرر ، وفي حكم الاعتقاد عقد الفصولى متسعة له عند إعاد عبارته ، من غير ضرر يلحق غيره ؛ إذ الاعتقاد يستوقف على جبره ، وفيه فوق ذلك ترجيح لأحسن لمصلحة على عدم احتماله ، و أن الظاهر من حاله أنه قصد بهذا الفعل متعة من عقد عنه ، وأنه يظن أن يكون هناك صلة ترتبها حصته يتبرع له بعقد عند إبراه في مصلحته : فيؤمر به مؤقتة بحث والطب ، ويوصيه أن يفعل المطلوب من غير كلفة عليه ، فإن رأى صاحب الشأن أن الحزن كذلك أجاز ، وإن لم يحده كما في الفصولى و إنما اعطى به م يخرج من غير ضرر يلحقه : وفي الحق أن الخفية ومن وافقهم عنوا حكم باعتقاد عقد الفصولى من باب التعاون^(١) الذى أمر الله به في قوله

١ ، مما يدل على أن قول الخفية باعتقاد عقد الفصولى مبني على أساس التعاون بين الناس ، كما في الحديث « و برئى في كذب البيع » وما جاء في فتح القدير في البيع أيضا ولشغل به ، في هذا الأخير مع طولها متصرفين بعض التصرف ، عند فإن رحمه الله في رد المحتار الشافعى بأنه لا ضرورة شرعية للفصولى ' لا يوثق لا بعد ، لا لفترة الشرعية ، بل أردت لا بعد على وجه التفاد سلبا ولا حرا . و أن أردت لا اعتقاد على وجه التوقف إلى أن يرى المالك مصلحته في الإجازة وحر منه أو عدمه فيعده — فيستأنس به ، ولا دليل عليه ، بل الدين —

يعلى : « وتعدوا على امر وبتقوى ولا تعدوا على الامر وانعدوا » فمرصدا
 أن القبول ما عقد الا لمصلحة خيه ، وسارع من غير ادنه الصريح خشية من
 عونه ، واعتدوا عنه معتقدا لا ضرر في ذلك ، وهذا صير محقق في عدم
 اعتداه معتدرا . لأنه اعتبار كلام العاقل انما كالكلام الخوف ، وذلك صير
 مصوى بخته من غير مصلحة فيه ، وهذا أيضا احتمال صير بصاحب الشئ .
 لأنه عسى أن يكون فيه مصلحة ويخشى الموت . ومن غير العقد غير . . .
 حتى قد الشئ ان رأى مصلحة فيه من ان عقد من حذره ، وقد يجوز لا
 يستطع ذلك لذهب العقائد ومقدمه مع غيره ، وذلك بال صير محتمل من
 غير احتمال بيع ، فمكان من من مصلحة لئلا لا صير . . . اعتبار عدم التصوى
 معتقدا ، وتوقعه على احارة صاحب الشئ .

§ ٢١٥ - هذه أدلة اخرى ، وبعد هذا نعم ان يكون « بيان احارة
 صاحب الشئ بصرف التصوى » قد قال فقهاء الذين قرروا ان تصرفه معتد ،
 بال احارة بصرفه نحوه كما قيل ، فمصر التصرف كونه صدر عن وكيل وقت
 صدره ويخير للتصوى كل أحكم او كل ، فمصدق به الحقوق . كان التصرف
 متعلق حقوقه بالوكيل ، وسعق الحقن بالوكيل إذا كان العقد لا يتعلق فيه
 لحقوق بالموكل ، كالمصير والسكاح . لأن الاحارة تخبر التصوى وكلاما ، له كل

من على رتب الاعتداد ، محقق لمصلحة كل من عقد التصوى ومالك وخشي من
 التصوى . غير عدم ولا مانع من . . . أم الحق ما ذكر ، من مالك يكفي ، وأنه صاحب
 شئ ووقور الشئ وعاقبة ورحة مبردا وهو فيه ان ليس الخوف ، وبكفي شئ
 وصوبه من حجة منه بالاستناد على بيع ، والتصوى بعد كلامه عن الاعتداد والادراك ،
 من حصل له الثواب قد بوى حجة به على وانه أحبه وأبقى به . . . كل هذا تصرف
 من السكك من جماعة عند عقد من غير صير . . . لأن في هذا عقد له دلالة ، وكل من
 يذ في تصرف لرفع له لا ضرر بینه أصدا . لا يقال قلنا ثبت الأذن دلالة يعني أن
 يهدد بعد ، لأن قول من لا لا ضرر فيه ، وذلك هو لاعتداد موقفا على رأى الملك ،
 فليس بعد ، ثم بعده بلا رأيه فيه اصرار به ، إذ وما لا يريد يبعه قبيحت الضرر اه
 تصرف من فتح العقد احارة احارة ٣١

ولاية الوكيل في العقد انهى تولاه - قل انهاء إلى الاحارة الملاحقة تكون كاللاد من سبق . ولكن لأن الاحارة من شأنها أن تقابل انقصر من تصرف موقوف إلى تصرف نافذ ، ومن المصوبى من وصف الفصول إلى وصف الوكيل ، قالوا أيضا ان للاجازة حكم انشاء العقد .

ولذلك اشترطوا صحة الاحارة أن يكون المصوبى حياً ذا أهلية و ناقصة^(١) ، لأن الاحارة تنفذ إلى صفة الوكيل ولا يصلح لموكله إلا من كان حياً غير فاقد الأهلية ، واشترطوا وجود العقد الآخر ؛ لأن أحكام العقد تعدد بالنسبة له . من أن كانت موقوفة ، فاحتاجت الاحارة إلى وجوده . يكون ثمة من ينفذ في شأنه الحكم الذى ينفذ قبلها ، واشترطوا أيضا وجود الموقوف عليه ، يكون فاعلا لحكمه الذى ينفذ من أن لا يكون

وبالاحص أن عقد قس الاحارة غير لازم - فمصوبى أن ينسحق ، والعقد الآخر أيضا ، أن ينسحق . ما انعقد الذى فلا أن انعقد ، نسبة له كأنه ما يتم . قد صدر عنه أحد شرطى الأبناء ، ما شرط اثنى في ينقر . ويثبت ، فيجوز أن يستمر ، ويعطى قوة الركن - لاحارة ، ويجوز ألا يعطى قوة الركن بالرفض ، وكذلك للمصوبى أن يسمح لعقد ما كانت حقوقه ترجع له بالاحارة كعقد البيع بالاحارة ، وكان ذلك له مع الحقوق العقد حتى يبرمه به ، لاحارة ، أو يستثنى صفة إلى صفة وكيل ترجع حقوقه منه إليه . ما إذا كان ما عقده المصوبى من العقود التى لا ترجع فيها الحقوق إليه على فرض أنه وكيل ، لأن الوكيل فيها صغير ومعتبر كعقد المكاح فيسبب المصوبى قبل الاحارة أن يسمح لعقد وذلك لأنه معتبر بحسب أى كسافل عبارة فما لاحارة لنفس عبارة إلى ذلك ، فتصير الحقوق موقوفة به ، لا بالمقصود ، فلا يجمعه ، لاحارة صرر علق الحقوق به

٢١٦ وحكم عقد مصوبى في العداوى الحديثة ينقرب من حكم عقده

(١) يجب أن يلاحظ أنهم لا يشترطون وجود مصوبى ما عدا احارة المكاح الذى عقده ، لأن الاحارة لا تفرقه من مبرمه و كأن الذى ترجع الحقوق به ، من مبرمه إلى به السغير واسر ، والبيع قد تم عند صدور عهده مصوبى .

في الشريعة الإسلامية على مقتضى مذهب أبي حنيفة ومن أخذ به ، فهو موقوف على إحارة صاحب الشأن ، وإن أحره هذا ، وإن لم يحره بطل ، ويسمى هذا إجماع من العقود الذي يصح بالأحرار العقود الحاطة نظائرا لنسبها ، ولقد ذكرت المادة ٢٦٤ حكم بيع الفصولي ، وهذا نصها :

« بيع الشيء لمعين الذي لا يملكه الساع باطل ، إنما يصح إذا أحرره المالك الحقيقي » فالتدوين يعتبر بيع الشخص ما لا يملك باطلا ، وسكن ليس معنى ذلك صدور العسرة ميتة غير قابلة للحياة ، بل معناه أنه يتوقف في وجوده وجوداً له أثر قبولى على إحارة صاحب الشأن ، وذلك موافق لنشريعة أبي حنيفة .

وإن فهموا أنفقوا ينظر إلى تصرفات المصوى بطل ، ويعرضون فيه حسن لينة ولذا يكون في مرتبة تقارب مرتبة أو كل في لتصرفات البذعة ، ومطلون ذلك يد على به القهاء وهو انتماء بين الناس ، وفرض أنه صديق ولي أراد نفع صاحبه ، لا فرض أنه عدو أراد إبداءه^(١)

تولى العاقلة لواحد صيغة العقد عن الجاهلين

٢١٧§ - ذكرنا فيما مضى أن الشخص قد يتولى الشيء التصرفات التي يشأ عنها الترامات برادة مبردة ، أما العقود التي لا تتم إلا بتوافق إرادتين مصيرها الإيجاب والقبول ، فإن الأصل فيها أن يبرر العقد ، يبرر وجود الإرادتين ، وإبطال بين الكلامين ، ولأن الأصل أن الشخص الواحد ليس له

(١) جاء في كتاب لاردة في العمل القانوني في تصرف مصوى ما معناه « أن من يقرر احتجاً أن يصور أساس على العمل المصلحة له أو المصلحة الخاصة ، وإن المصلحة الخاصة أن اسع شمولها حول من مصلحة عامة ، وعلى ضوء هذا ينظر إلى تصرف المصوى ، ويكون أساس التقدير فيه : إذا لم يكن المصوى أكمل من الممكن أن يصور رب المال ما فعله المصوى أم لا ، هي أملك من لا ، وكنت على سر طوبى ، طاء أحد الناس يستأجره أو سناعه أليكون من المصلحة أن تتولى تعديني إحارته أو يمه بطريق الفصول ، ثم يترك الفرصة وقد سمحت ، وهي كتب مقبلاً د حصر طاب أكنت أحب أم أرضى ؟ أن المصوى يجب أن ينظر من تصرفه على هذا الأساس » راجع من ٣٠٩ وأنت ترى أن هذه نظرة شريعة على مقتضى المذهب الثلاثة ، ولذلك يجب تصرفه موقوفاً .

قدرة شرعية إلا في شطر العقد الذي يكون بشطرين ، وفي اعتبار معتد معتدًا
 بعدنه تحصيل لما قوة الشطرين . واعطاء الحر ، حكم الكل . بيد أن الولاية قد
 سعت في العقود ، بخلاف أن يتولى شخص العقد بالولاية عن غيره ، سواء أكانت
 تلك الولاية منشؤها الولاية الشرعية على وقدي وقاصري الأهلية ، أم كان منشؤها
 وكالة انفاقية . ويجوز في هذه الحال أن يكون الشخص وكيلًا عن عاقدين
 يريدان أن يشتا عقدا بينهما ، أو يبيع علي شخصين ، ويرى من المصلحة أن يعتد
 بهما عقد رواج أو بيع أو نحوهما ، أو وكيلًا من جانب ووليًا من جانب ، ففي هذه
 الحالة تكون عبارة طابعية في شياها معنى عارنين بلا ريب ، فمن الشارع
 الإسلامي يقر عقداً بشأ بهذه الصفة ويعطيه أحكامه وآثاره التي تنبت سوعه ؛
 ٢١٨٥ — فقد أحرر فقهاء الحنفية أن يتولى شخص واحد صرفي اعتد في
 المسكاح ؛ فيجوز أن يكون العقد واحداً بشأ صدره معرفة عقد المسكاح ،
 ويعتد به عقده ، فتثبت آثاره كلها ، وذلك كقول إذا كانت له ولاية اعتد
 من الحسين ، بأن كان أصلاً من جانب ووكيلاً أو ولياً من جانب آخر أو
 وكيلًا عن الحسين ، أو ولياً على الحسين كخير ، يحذى حفيذاته من أحد
 أحدهم إذ لم يكن ، أو حين وكما بينهما ، أو وكيلًا من جانب ووليًا من جانب .
 وفي كل هذه الصور أحرروا للشخص الواحد أن يعتد باعتد بشارته وتكون قائمة
 بعدم عارنين ، ولكن حاتف في ذلك رمز والشافعي رضى الله عنهما ، وحجتهم
 في ذلك أن عقد المسكاح عيب من التمثيل ، ولا يتصور أن عاقداً واحداً
 يكون مملوكا ، وقابلاً للتمثيل معاً ، بالتمثيل نسبة تقضى طرفين ، بل كل عقد
 لا يتم إلا برادتين تقضى طرفين قابلاً وموحد ، ولا يعقل أن يقوم شخص
 باصفتين ، لأن كل واحدة تقابل الأخرى ، ولا تجتمع معها ، هذا ومن جهة أخرى
 المسكاح شبه البيع ، وكان البيع لا يتولد العاقد الواحد عن طرفين كذلك
 المسكاح (١) .

(١) الفاس صحيح في نظر الشافعي ، لأنه رضى الله عنه يرى أن حقوق العقد في اربع
 والصراء ونحوها لا يرجع الي الوكيل ، بل ترجع الي الموكل . وإذا كان لا فرق بينهما في

واستدل بالحفية بما نرى .

١ - قوله تعالى : « ويستنبط في يتيم نساء لآلئ لا يؤمنهن ما كتب لمن ، وترعون أن تكحوهن » فقد رت هذه الآية في يتيمة في حذر وإيها ، وهي ذات مال ، ووجه الاستدلال به أن قوله تعالى « لا يؤمنهن ما كتب لمن ، وترعون أن تكحوهن » حرج مخرج لعناب على عدم إعطائهن ما كتب الله من عبد ارعة في مكحهن ، وذلك لعناب لا يكون له محل إلا إذا مكن تحقيق ربه وى ائيمه في مكحهن مع عدم إعطائهن ما كتب لها سبب ذلك لمكاح ؛ وإنما يكون ذلك إذا كان للأوصاء أن يزوجوهن من أنفسهم لأن مكاح لا يعتمد بعدا من يتيمه ، من مكحهن إلى ويها ، وإذا كان لنفسه تولي من أخائهن ، فاعتب لاموضع إلا إذا أخيرا أن يكحها تولي من ربه بمعارته ، وتقوم مقدم الاثنين ، وهذا دليل على أن صاحب هذه الشريعة بخير أن يعتمد المعاهد الواحد مكاح من عن الطرفين .

٢ - ما رواه انه جرى من أن عبد الرحمن بن عوف قال لأب حكيم : أتقبلين أمرك إلى ؟ قالت نعم . قال تزوجت . فعدت لفظ واحد . وعن عفة بن عامر أنه قال عبه الصلاة والسلام لرجل أن تزوجت فإلا قال نعم . وقد امرأة أرضين أن تزوجت فلا قت مع ، فزوج أحدهما من صاحبه ، وكان ممن شهد الحديبية روى هذا الحديث أبو داود^(١)

٣ - أن الدث في باب مكاح من معاهد عقده بوصف كونه دائما على أن ترجع الحقوق إليه ، بل الحقوق والأحكام تصاف إلى من يعتمد معه ، سواء أ كانت تلك المينة بولاية شرعية أم بوكالة اتفاقية ، بل هو كما يقول الفقهاء ، سفير عن المعاهد ، وممهر عنه ، وإذا كان ممهرا عنه صارت عذارته كعسرة من تكلم عنه ، فصار كلام المعاهد الواحد الذي ينوب عن الجانبين

— راجع حقوق ، فقد سوى بينهما في هذا المقام ، وإن كان يرى أن عبه كانت تقتضى أن يصح يكو كالسكاح في أن كليهما يصح أن ينفذ طرف واحد

(١) راجع رئيس الجزء الثاني من ١٣٢ .

ككلام شخصين وعبارته الواحدة تطوى في معناه عشرين ، إذن تطوى في
مضمونها بحيث عن أحدهما ، وقيل لا عن الثاني ، فكأن امرأة قتت على سببه
روحت بمسئ ، والرجل قال على سببه نصف قلت رواها
وهذا معنى لا يتأتى في اسم مضمونه من العقود التي ترجع فيها الحقوق
إلى بواكن ، ، صحيح أن تصاف صيغة العقد إليه ، وما لا يتولاها العاقد الواحد
عن الجاسين (١) .

٢١٩ ما سبق كله إذا كان العاقد الذي يور عن الجاسين له ولاية العقد
من جاسين ، لا يكون مضموناً عن أحدهما ، ولا يعقد العقد بمفرد واحد يكون
دا ولاية عن أحدهما وصوياً باسمه الآخر ، فإذا كان وكيلاً أو أصيلاً أو وياً
باسم أحد العاقلين ، وصوياً باسمه الآخر ، لا يعقد العقد عهده ، وبالأولى
إذا كان وصوياً من الجاسين ، وهذا هو مذهب أبي حنيفة ومحمد ، وأما مذهب
أبي يوسف ، فهو حوار عهده عن الطرفين ، ويكون موقوفاً على إجابة صاحب
الشأن الذي كان العاقد وصياً باسمه له أو على الطرفين إذا كان وصوياً باسمه
له . وحجة أبي يوسف في ذلك أن عهده العاقد ولو كان وصوياً باسمه للطرفين
ولأحدهما ، فثمة مقام عشرين ، وهي تعبر عن شخصين ، فيجب أن يعقد العقد
موقوفاً ؛ وذلك لأن أثر الفصول خمسة لأحد العاقلين في مفاد العقد : لا في
المعاده ، فيعتقد العقد بمادة العاقد الواحد قفمة مقام الكلامين ، ويتوقف البقاء
على إحارة العاقد الذي يور هذا ومكاح شبه الخلع ، فمحور فيه ما يجوز
في هذا ؟ ومحور أن يقول الروح صير اذن روحه حلت امرأتى على كذا ، وهي
عائنه ، هذا لمع وأحارب هذا الخلع عليها ، مع أنه كان وصوياً باسمه ،
مدل ذلك على العقد الخلع بتولى واحد العقد ، وأما كان وصوياً باسمه لأحد

(١) راجع في هذا التين سند صحيح ، ص ٢٣٢ ، و روى غيره في ص ١٣٢
ومحمد ، وصح محمد ، ص ٤٢٦ . ومقتضى هذا جعل أن كل بعد يكون حقوقه
رجعة إلى الموكل ولا رجوع إلى بواكن ، صحيح أن بعدد واحد عن الجاسين ، وهذا
يشمل لشكاح وكل العقود لا سيما ، كالمع ، والبرهن وغيرها .

الطرفين ، فكأن مذهب ، فثبتت له ما ثبت لهذا ، ويعقد بصدرة واحدة ، وهو
كان صاحبها موصوياً

هذه حجة أبي يوسف ، وحجة الطرفين (أبي حنيفة ومحمد) أن الأصل في
تعقد ألا يعقد إلا بعشرين من شحسين ، ما دام لا يعتقد إلا توافق إرادتين ،
ويكفي تقوم عشرة لشخص الواحد مقام عشرين إذا كان هناك ما يدل على أنهم
فأمة مقام عشرين ، وذلك لومة انصرف لعائب هذا الشخص بمعه أو بولاية شرعية
تجوز عمارته تلك الدلالة ، شاء واحد ما يدل على ذلك فصدرة يست
لاشطر لا يعقد ، أى يست إلا بحاج فقط ، والأيجاب لا يعقد به عقد يولاه صرفاً ،
من غير بمجرد تفرق المجلس ، فلا يكون العقد موقوفاً على حجة أحد ، حتى
ذلك إذا كان العاقد الواحد موصوياً بمسبه لأحد الطرفين لا يعتقد عقده أصلاً
لا موقوفاً ولا ماوراء ، لأن عمارته أحد شطرى العقد أى الإيجاب ، لا لا يصح أن
يكون مقام عشرين لعدم أدنى العقد شائى له ، حتى تقوم عمارته مقام عشرين ، لا
تتمس المكاح على الملح إذا تولاها ارجل في عسب من غير ادبها : لأن الخدم
مسبة للرجل بعين ، فكأنه إذا ختم في عسب غير ادبها قد علق طلاقها على
موقوفها بدل الخلع ، متى أى وقت نفس يقع الطلاق حصول الشيء بمقتضى عييه ،
وهذا لا يقتضى التعميق باجماع العقهاء ، أنصت لمذهب الأربعة

§ ٢٢٠ ما تقدم كله في تولى العاقد الواحد عقد المكاح بأمانة من
طرفين ، ويستقل لأن أى عقود مبادلة كالمبيع والشراء والاحارة والارعة بمسودة
وغير ذلك من الحقوق التى ترجع فيها الحقنق الى موكل عديم يتولاها العاقد بمقتضى
وكالة ، وهذه العقود الأصل فيها أنه لا بد من تعدد اعاقد ، فلا صح شخص
أن عقد عقد بيع بين شخصين ، وتقوم عمارته مقام عمارتهما ، ووجهه أن عاقد
في البيع وما يشبهه ترجع الحقوق اليه ، سواء أكان بعقد بالاصالة أم بالنيابة فعليه
تسليم المبيع وله قبض الثمن و غير ذلك من الحقوق ، وهذه حقوق متقابلة فحق تسليم
المبيع يقتضى متسلماً ، وحق قبض الثمن يقتضى متسلماً ، والشخص لا يتعلق به حقان

متماثلان في زمان واحد . لأن ذلك يؤدي إلى أن يكون الشخص الواحد في زمان واحد مسميا ومسلما ، خائفا ومطمانا ، وهذا محال ، ولذلك لم يحرم أن يكون الشخص واحد وكذا من الحاسنين في البيع وشأهه ، ويصلح رسولاً من الجاهلين ، لأن الرسول لا تدرمه الحقوق ، فلا يؤدي عمله إلى مناقضة لمعقول . وكذلك القضي يقول اعتمد من الجاهلين ، لأن الحقوق لا ترجع إليه .

وقد استشهدوا من البيع صورة يصح فيها اعتمد من الجاهلين ، وهي شراء الأب مال وبنده نفسه ، وبيع ماله من بلد ، فله في هذه الصورة بحجر لأب تصرف ، ويؤلى الصمة عن نفسه وولده الناصر . وهذا قال أحمد بن حنبل وشافعي ، ومالك والأوزاعي ، وحملوا الجدل كالأب م عدا ابن حنبل ، وحذف رعر ، وقال لا يحجر ، وهو الأصل ، وانفكس على ما سب ، وأما ما قاله الأئمة فهو الاستعجال ، ووجهه أن الأب ولد لوفور بنفسه ، وكما قاله أبو يوسف بنجر تصرفاتهما عليه ، وربما كان في بيعه أو شراءه مصاحبه ويشتره ، وهذا الفرص هو لدى تنق مع كمال الرعاة ووفور شفقته ، فخر تصرفهم معه ؛ للضرورة الدافعة ، وعدم موضع التهمة ^(١)

هذا «سمة الأب والجد ، أما سمة اللوصى ، فقد ورث أبو حنيفة ونوع يوسف جد بخوار سمة موصى عليه وشراؤه منه إذا كان فيه بيع ظاهر ، ولا يحجر بالاجماع إذا لم يكن فيه بيع ظاهر ، وذلك لأنه موصو شفقتهم لم يلحق بالأب أو الجد ، وسكن إن كان فيه بيع ظاهر يملكه بالنص ، وهو قوله تعالى : « ولا تقربوا مال اليتيم لا تأتي هي أحسن » ولا شك أن التصرف الذي فيه نفع ظاهر هو قريب من اليتيم ، فحق هي أحسن ، فخر بعض القرآن

ويضع الصاهر فسرهم بنفسه بأنه في العمد أن يشتره من أصغر مصحف قيمته ، ويبيعه نصف القيمة ، وفي المتول أن يشتره ثمن ربع قيمته بمقدار نصفها ، ويبيعه ثمن ثلث عن قيمته بمقدار ثلثها ، فيشترى ما قيمته عشرة بخمسة

(١) راجع المستدرك الجزء الخامس من ١٣٦ والمسمى الخامس من ٢٤٢ .

عشر، ونسبة م قيمته خمسة عشر عشرة، وبسر بعضهم يمنع مظاهر، تصرف
واصح المنفعة للبيوع من غير تنديد بمقدور، فقد تكون النسبة صاهرة، وإن
كانت تمثل نسبة، كأن يكون شيء، لمشتري كثير لعائلات نسبة أعلى من
العائلات التي تنال الصغير من ثمنه^(١).

هذا رأى الشيعيين في بيع الوصى الجدد من الأب أو الجد في البيع والشراء،
من التيمم، وقال محمد لا يجوز، بوصى ديت مطلق، سواء كان فيه بيع حاضر، ثم
لم يكن؛ لأن القياس يثبت ديت، وكان الاستحسان بالنسبة للأب والجد؛ لوفور
شدة بينهما، وذلك من في الوصى، فيعد مقياس حيث لا وجه الاستحسان.

هذا الخلاف يجري في الوصى الجدد من الأب أو الجد، أما الوصى المعين من
خاص^(٢) فلا يجوز له أن يشتري من البيوع نسبة، ولا أن يبيع منه للتيمم بمقتضى
وصاياه، وذلك لأن القاصى لا يجوز له ذلك؛ إذ منه حكمه، وحكمه لقاصى
منه لا يجوز، ولو وصى من منه كما وكين عنه، فيثبت ما يملكه، وبما أن
القاصى لا يملك ديت، فلا يملكه من هو كوكيل عنه، لأنه يستند القدرة
الشرعية منه.

٢٢١ مما تقدم يستفاد أن الشريعة الإسلامية الأصل فيها ألا يتولى
لواحد إنشاء العقد قائم مقدم لعاقدين، ولكن اعتمد مصاحح، وملاحضة بعض
التواعد جعلها تقر عقد العاقد لواحد قائم مقدم لعاقدين على أن ديت على سبيل
الاستثناء والاستحسن، لا الأصل والقياس وعلى مثل هذا سارت الشريعة
الانجليزية والمانونية الألمانية والمشروع النابسي^(٣). وهذه شرائع أخرى حديثة
أماحت بولى العقد الواحد عن اثنين، ولم تمنعه كما في سويسرا وفرنسا وألمانيا
والبحيكامصر، ولكن لا توجد شريعة ظلت التحريم أو منع، فأشروع التي

(١) راجع رسالة العقود والسرور لأحمد بن علي بن سبيح أحمد راجع دت

(٢) وهو الجنس المحلى لأن راجع رسالة العقود والسرور المذكورة

(٣) هو مشروع قانون لفرنسا وإيطاليا أعدته لجنة من الدولتين.

حرمت أحداث في أحوال معينة على سبيل الاستثناء ، والشرائع التي حذرت
ممن في أحوال استثنائية ، وعند توسع كلا الفريقين في الاستثناء ، فتدبرت
الشرائع المانعة والشرائع المحيطة^(١) .

أوصاف العقد

§ ٢٢٢ قصد بوصف العقد الاسم الشرعي به الذي يكون اصطافه على
العقد شبيهاً لأقرار الشارع ، وعدم إفراده ، وفي حال الأقرار تقرّب الأحكام
منه من الآثار ، وفي حال عدم الأقرار لا تقرّب الأحكام ، ولا تثبت أثر العقد
وقد ختلف الفقهاء في هذا المقام ، وانقسموا فرعين أحدهما فريق أبي حنيفة
، والشافعية ، والثاني فقه الفقهاء ، وخمسة قسمون العقود من حيث أقرار الشارع
لعدم إفراده من ثلاثة أقسام صحيح ، ومسد ، وبطل ، والجمهور يقسمون
العقود إلى قسمين فقد صحح وبطل (أو مسد) فكله انعقد وكله البطل
متراذفتان عند الجمهور ، متباينتان عند الحنفية ، وقد اعق الفقهاء على أن معنى العقد
الصحيح ما أقره الشارع من حيث كونه عس (على حسب قوة إثارته) أن تكون
أركانه خمسة لا حصر فيه ، وكيفية أوصافه . وإذا يرد أي مع له من الشارع
الحكم وهذا معنى متفق على أنه إيراد العقد الصحيح : ولكن موضع الخلاف
هو في مقدار انعقد الصحيح ، فالجمهور يقولون إن كل معاد للعقد الصحيح باص
غير معتقد ، سواء كان الحبل في تركه ، أم كان الحبل في أوصافه ، فإن كان
في أوصافه ما هو محل مع من الشارع ، كجميع نحل غير معروفة ، وقال الحنفية
إن الحبل إن كان في الأركان ، وهي الساقدان ، وبحل العقد وعقد بطل أي غير
معتقد ، وإن كان إحال في غير الأركان أي غير الأركان ، فاعتقد معتقد ، ولكن
لا يرتب شارع على نفس العقد حكماً ، بل يربطها على تعبد القاديين له بمخالفين
أمر الشارع .

٢٢٣ وبحول الخلاف في هذه المسألة يسمد على قطبين هما محله وموصفه :

(١) رجع نظرية العقد الاستثنائية إلى الدكتور السهروري بك .

أولها — هل مع الشارع العقد يتنفي عدم وجوده شرعاً ؟ إذ لا يعترف الشارع له بوجوده . ثانياً — هل اسم الوصف من الأوصاف يلتحق بالبيع الوارد على الأصل والأركان ؟ فيكون حكم الاثنين واحداً . ومن أجل أن بين الموصوع بجلاء يجب أن يتكلم في هذين العنصرين بكلمة موحدة .

أما الأصل الأول فقد اختلفوا فيه ، فجمهورهم يرى أن الشارع إذا مهي عن تصرف شرعي ، ومع إحداثه ، فوجوده مع ذلك المهي غير معتق به من الشارع أي أنه يكون غير موجود في نظره ، وذلك (١) لأن قيام الشخص به مع المهي عنه عصيان لأمر الشارع ، وكيف يعترف ، ويرتب آثاراً شرعية على فعل قد كان حدوثه جريمة في نظره وعصياناً (٢) ولأن المهي لا يرد من الشارع على تصرف شرعي ، إلا بيان أن ذلك التصرف قد خرج عن اعتباره وشرعيته ، وليس ذلك إلا حكماً من الشارع بطلانه (٣) ولأن النبي صلى الله عليه وسلم قال: « كل عمل ليس عليه أمر ، فهو رد ، ومن أحسن في ذلك ما ليس منه فهو رد » ولا شبه أن وقوع الأمر على حكم الشارع عليه لم ينجي ، على أنه وعلى مقتضى اعتباره فهو رد ، ومعنى رده ألا يعترف له بوجوده وتكرار ، فهو باطل في نظره (٤) ولأن سائر هذه الأمة قد أجمع على الاستدلال بعدم العقود المهي عنها ، فحكموا بعدم اعتبار العقود التسمية على الزوال المهي عن الزوال واحتج ابن عمر رضي الله عنه في بطلان حكمه بـ « شركاء بقوله تعالى : « ولا تتكلموا بالشركاء حتى يؤمن » .

هذا موجب للحجج المجهدة في استدلالهم بأسع من التصرف الشرعي ، على بطلانه إذ حصل مع هذا الميع ؛ ويترب على قولهم هذا أن كل عقود المموعة (سواء أكل الميع خل في ركبها وأصلها أم عيب خفي وصفي) باطلة أو فاسدة وهي في حكم العدم من غير تفرقة بين العيب في الأصل أو العيب في الوصف

ويرى خمسة أن الميع أن كان مسبب في ذات التصرف الشرعي كان هذا سبيلاً للبطلان أن قام بالمموعة ، وإلا فالبيع الوصف ملازم كان سبيلاً إلى بطلان

في العبادات، والأنسكة على التحقيق، ولا يكون سبيلا إلى اسطوان في سائر
المعاملات، ووجهة نظره في ذلك أن وجود التصرف الشرعي يتم بوجود أركانه
سائلة من الحب، فإذا كان النهي من الشارع قد ورد لأمر خارج عن الأركان،
فلا يمنع ذلك وجود الأركان سائلة، وعلى ذلك يعتبر التصرف موحدا بوجودها
مع المانع؛ ولا مانع من الجميع بين النهي والوجود، لأن أثر النهي الأثم، وحوار
فصح التصرف، ووجوب استحص منه، ولذلك لا يتعارض مع وجوده، بل إن
ذلك لا يكون إلا مع الوجود، فالحكم بالوجود المطلق من الشارع لا يقتضي
إد مع نهيه بل يتلاني معه، ولا يفترض أن اعتبار الشارع له موحدا حكم
مشروعيته، لأن المشروعية تقتضي إقرار الشارع وتنشيه وإعانة العاقلين على
نفسه، ولا أحد يقول هذا، بل أنا نقول أنه موحود وله حصص الأحكام، ولما سكن
الشارع يوجب الفسخ، ويرب الأثم، كما أن الحكم بوجوده مع النهي عنه لا
يقضي عنه رده؛ لأننا نقرر أن الالتزام به مردود، وهو واجب الفسخ، فلا يلزم أحد
معاقلين بموحده، ولا تترتب لأحكام فيه بذات التصرف، بل بأمر آخر اقترن به.

وإن التوافق بين وجود ومع تمكن في المعاملات، فصح فيه وجودها مقترنة
بشيء. أما العبادات فلا لها قربات خاصة، ويفرقها الشارع موجودة إذا وجدت
فيها صلة القرابة، ولا تصور وجود صلة مقترنة بمجموعة مع صلة العصبان، وهذا
عن صلة العائض، وإذا حصلت عاصية ذلك الشيء لا يتصور اجتماع صلة الطاعة
مع صلة عصبان في فعل واحد، لذلك كانت العبادات لا تصور وجودها وجودا
شرعيا مقترنة بغيرها مما يلزم لها.

وتتبدل ترتب إذن على قول الخصمة أن الشيء إذا كان لوصف لا يترتب عليه
صلاية التصرف أن فرض خصمة قس ثانيا بين الصحة والمطلال وهو الفساد،
وذلك إذا كان التصرف مشروعا بأصله غير ممتنع وعوضه، بأن اقترن به وصف
ملازم نهى عنه الشارع^(١).

(١) راجع هذا الخلاف في مسعى الجزء الثاني من ٣١ وفي الإسلام الجزء الأول
من ٢٦٦ وما يليه والأمر في الجزء الأول من ٣٢٠ والتحرير الجزء الأول من ٣٢٩.

٢٢٤ — هذا هو الأصل الأول . أما الأصل الثاني وهو ورود اسمع على الوصف وسره الى الأصل فالخلاف فيه مماثل للخلاف في الأصل الأول . فالفقهاء ائدين بالقول ان اسمي اذا ورد بوصف ملازم يصف التصرف قوا وان اسمع ان ورد على اوصف فقد ورد على الأصل ، وليس فله ان لمع ان ورد على اوصف ، فالأصل له وجود شرعي ان اوحده مكلف قوا وان سمع لا ورد على الأصل الا بمقدار قيمه اوصف به . وقد زال عنه اوصف المبيع فمذهب الأصل مشروعاً ترتب عليه كل آثاره الشرعية

وقد اوضح أبو حنيفة وأصحابه في التفرقة بين المبيع اورد على الأصل والمبيع اورد على اوصف بأن اسمع اذا كان في نفس المبيعة وهي الأركان عرا اطلق هذه المبيعة ، فلا يكسبها وجود في نظر الشارع ، كبيع الخبز والمبيته ، ومبيع تصرفات فائدة الأمانة أو بائنها المصارفة صرراً بخصاً ، فاداً حصل تصرف مع هذا اسمع كان باطلاً ، هذه تحقق المبيعة . بين ذلك أن أركان كل عقد هي عاقدان ومحل للعقد . فحق وحدت هذه الأركان سمة عن اسمي فقد وجدت للماهية ، وتفسير معتبرة شرعاً سمة عن اسمي (ووتفق لاسي بوصف ملازم له ، كالتحق في اسمع ، والرب فيه) ، واذا احتل ركن من هذه الأركان بأن كان انعقد مجموعاً من العقد ، أو كان المحل غير ذيل للحكم العقد ، كبيع الخبز واخر فاعتد باطل . لأن المبيع حق الأركان ، فسطر الاعتقاد . وقد وجدت هذه الأركان ، ولكن واحد مع بوصف مقرون به فقد كاسميع شرط أن يمنع ان يقع مدة من الزمن ، وهذا شرط مجموع عند الحقيقة ، أو باع يباع فيه ر . وبخود ذلك من العقود التي تحقق فيها الأركان ، ولكن يقترن بها وصف ملازم معه الشارع ، ففي هذه الحس يكون حقيقة التصرف قد وجدت سليمة حاية من الخلل ، ولكن الخلل قد خلق اوصف ، فيعتقد اعتقد ، ولا يسرى اليه اسمع اورد في اوصف الا بتقدير اقترانه به وملازمته ، فيكون العقد معتداً ، ولكن يجب قسحه مادام ذلك اوصف منقر ، وقد اورد به ذلك الوصف الفاسد زال عنه الخلل .

و يؤيد مذهب أبي حنيفة أيضا لما لو قد ان كل فساد في الوصف يسرى
الى الماهية والأركان ، و يعود عليها بانقص سبب بين ماهية الماهية وورود اسمع
عليها و بين ماهية الماهية من اسمع ، و لو قد تصحح العقد وعدم فساد مطلق سويما
بين ماهية الماهية في ذاتها وفيما افترق بينهما من الوصف ، و بين الماهية الماهية
من الخلق في ذاتها ، و سكب مقترنة به في صفاتها ، ذلك غير حائر ، ولا تتأني
استغراق الحقيقة بين هذه الأقسام ثلاثة لا تعرض رتبة بين الصحة والبطالان ،
و تلك الرتبة هي رتبة التصريفات الخمسة ، و من أجل ذلك فساد العقد أقدم
ثلاثة : صحيح وفساد وباطل (١) .

هذه وجوب انصراف ابي حنيفة الى ما سلب أن احقيقه فسموا بمذهب الصحيح الى
باطل وفساد ، و قد رو ان ابا حنيفة كان يجمع أو يد من اشرع فيه و اردا
على الأركان ، و فساد ما كان الأركان فيه حايه من اسمع ، و سكب اسمع افترق
وصف ملامحه ، و بعد ذلك أدق المصطلح ما كان غير مشروع فساد ، و الفساد
ما كان مشروعا فساد غير مشروع بوصفه

٢٢٥ - و ما احتج به اندلس حاشيا المصنف به فاولا ان ابن ابي عمير معتد
بموحه دأى بغير اشرع مع وصف فساد ، فاما الأركان عليه أحكام قط ، و ما
أن رتب عليه أحكام معتد ، كما يتفق له فقدان ، و اما أن رتب أحكاما يتفق مع
عرض اشرع من غير نظر الى عرض العاقد ، كما سبب افترق شرط روى ، أن
حكم فساد فأن لا تكون له أحكام قط ، أو أحكاما كما رضى العاقدان ، أو
أحكاما كما يتفق مع عرض اشرع ، فيصح الفرق ، و يبقى رتب للمل لا حائر
أن تقرر أنه حار من الأحكام الشرعية - لأننا و فلما دلت سلكا معتد
الفساد كما حقت المصطلح سوي ، و تكون استغراق مغطاة ، و تقسيم لا حار ، فيه ،
ولا حائر أن يقرر أن له الأحكام التي تراعى عيب انصراف ، فذلك باطل أيضا ،
لأن مؤداه أن يقرر اشرع ما سبب عنه ، و يباح ما حرمه ولا يكون ثمة فرق
بين الصحيح والفساد ، و ذلك تدقق و تهافت في الأحكام الشرعية لا يبيح

بأشباع الحكيم ، ولا حائر أن نقول أن الشرع يرتب على العقد الفاسد ما يتفق مع عرضه من غير نظر إلى عرض العاقد ، لأن ذلك يؤدي إلى المناقضة الحقيقية شرعية ، وهي أن أساس العقود الرضا ، فقد قال تعالى « بأبى الدين آمروا لا تأكلوا أموالكم سواكم ساطل إلا أن تكون تحارة عن تراض » وروى صلى الله عليه وسلم « لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفسه » فلو قلنا أن الشرع يرتب على العقد الفاسد آثاراً شرعية تتفق مع عرضه من غير ملاحظة غرض العاقدين لأن الرضا العاقد تمام برصه ، وحدث لا يصح كما بين

وإذا كان فرض وجود عقد الفاسد يؤدي حتماً إلى واحد من هذه الفروض الثلاثة التي لا تتفق مع المطلق ولا مع أغراض الشريعة ومبادئها - يكون فرضه باطلاً ، لأنه يؤدي إلى بطلان ، ويكون الحق أن الحق ساطل ، ويسدوياً من كل الوجه (١).

§ ٢٢٦ - وأما الباطل ليس له وجود شرعي ، فهو في حكم العدم ، وما هي ليس له أثر شرعي ، فمن مع الباطل كلامه في حكم العدم ، وكذلك الإحالة وسائر العقود الباطلة ، لأن مكان العقد إذا لم يتم سببه ، فمقدّم يوجد ولم يعد ، أما العقد الفاسد ، فهو عقد قد انعقد ووجد ، ولكن لا يرتب أشباع عليه آثاراً شرعية من ذات العقد ، وبما حب على العاقدين مسحه وإتخاذه منه ، ولا يبرم به واحد من العاقدين ، فهو لا ينشئ في ذاته التزاماً ، ويستمر انعقد حقاً المعاقدين ، ووجبا عليهما إلى أن يتعذر الفسخ ، بيد أنه إذا نفذ العاقدان العقد انعقد يرتب أشباع بعض الأحكام على استيفاء مقتضى ذلك العقد ، لا على العقد المحرر ، فمع انعقد مثلاً لا يترتب عليه أي أثر للمبيع ، وسكن واحد من العاقدين أن يفسحه ، بل يجب عليه ذلك ، وسكن إذا قبض لمشتري المبيع بموجب هذا ابيع انتقلت الملكية بذات القبض المقرتب على العقد ، ولكن مع ذلك مستمر الفسخ واحداً ، أن نحدث تصرف مع الفسخ .

(١) سئل عن عقد الباطل من المروى في الجزء الثاني من ٨٦ .

ففي هذه الحال لا يكون المصحح واحداً ، ولكن الأنتم يستمر ما لزم ، ولا يجب في اسم المصدق ، والأجوبة المأذونة ونحو ذلك أعوض المدكور في العقد ، بل يكون الواجب هو ثمن لمثل أو آخره مثل بشرط ألا تريد عن المسمى ونحو ذلك ، لأن محل العقد إذا استوفى في العقد المصدق لا يستوفى بمقتضى العقد المصدق ، بل يستوفى بسبب التمكن انتهى إنشاء العقد ، ويجب أن يعوض المالك لمحل العقد ، هذا من جهة ومن جهة أخرى العقد إذا كان فاسداً وتسمية فاسدة ، وإذا حدث تسمية لمحل عوض المثل ، فمن بابيضاً فاسداً ، تكون تسمية للمحل فاسدة أيضاً ، وإشباع لا يذهب بمقتضى أمر قرر فساداً ، وبما أن المشترى قد استوفى على محل العقد بمقتضى عقد مسعد ، فالواجب حينئذ هو عوض المثل ، حيث فسدت التسمية ، فتكون كاملة .

هذا حكم العقد المصحح أو المصدق أما حكم العقد الصحيح ، فهو ترتيب الآثار الشرعية عليه ، وعدم حواري استغلال أحد العاقدين بسببه أن كان لازماً ، وفي حالة العقد الصحيح ترتب عليه الآثار الشرعية كلها على حسب قوة نشأته ، ومقدار ما أعطاه الشارع من قوة

٢٢٧ — نص في تقدم أن ركن العقد هو إذن ومحل العقد ، وإذا كانت سيرة العاقدين غير صحيحة لانشاء عقد كسيرة فقد لأهلية ، أو كان محل العقد غير صالح لحكمه ، فاعتقد باطل ، وذلك يذهب في الأولى ، لأن أحد العاقدين إذا كان وقد الأهلية فبغيره منعاً لا اعتباره لها ، وهي في حكم المذموم ، فلم يوجد عند ، بل لم توجد حتى صورة العقد التي تكون شبهة سقط أحد في بعض الأحوال . وأما الثانية ، وهي عدم صلاحية المحل لحكم العقد ، فهي توجب انطوائاً أيضاً ، وهي تختلف عن أسباب الفساد التي يعلق بأوصاف العقد ، كما يجب ، وذلك واضح حد الموضوع في العمود المالية ^(١) .

٢٢٨ — وما الفرق بين أسباب الفساد التي تعلق بأوصاف العقد اللازمة ، وبين انطوائاً لعدم صلاحية المحل في المكاح ، فذلك هو موضع استطراد دقيق ، والتحصيل

(١) وقد فصلنا الكلام في ذلك في محل المصدق فرجع إليه .

وذلك أن عبارات كثير من مؤرخين في الفقه الحملي، وعبد المحققين فيه
 مبدأهم لا يرون فرقاً بين فصلان سكاح. عدم صلاحه الحق للعقد، وبين
 السكاح فساد لحسن في الأوصاف، اللازمة للعقد كسكاح بلا شهود، وغير ذلك من
 الأسكحة التي حكم الفقهاء بفسادها لحسن طبق أوصافها، فباح أحدية ما يذكر
 فرقاً بين فصل السكاح وفساده، وهو أحق بما عر عن سكاح غير الصحيح بفساده
 وأحياناً ما فصل من غير سبب يخص هذا بحثاً من تلك التسمية والثاني بالفساد
 الثانية. وبعض عليه كل أسيرين من آخره فيقول «إن اعتبار مرة سبب ومرة بفساد»
 لأنه لا فرق بينهما في السكاح بخلاف البيع^(١) وتحتى عبارات مختلفة في وجوب
 التعديل ثبت أن التحقيق في العقد سبب وفساد في السكاح سواء، وترى أيضاً
 السكاح في مدائمه لا يذكر فرقاً بين عدم السكاح وظله، وعدياته، وبسبب
 شير من قرب، وبأسهم نسب، إلا وعاداً مقابلاً للصحيح؛ وهذا يقول في سكاح
 الفساد ما خلاصه: «إن السكاح فساد بين سكاح حقيقة؛ لانعدام محله على
 محل حكمه، وهو من حيث أن حرية خلوص، من حيث يماي خلوص، ولأن من حيث في
 الآدمي لا يثبت إلا بالحرية، والحرية تماويه، لأن شرع سقط اعتبار هذه
 المرافقة في سكاح الصحيح خاتمة الناس في ذلك، وفي سكاح الفساد بعد الإحلول
 خاتمة لما كبح إلى رد واحد، وحده به منته عن المبيع ثموت النسب ووجوب العدة،
 وصيانة المبيع المحترم عن الاستعمال من غير عزيمة ولا عقوبة، فوجب إيهام، شعب
 معصدا في حق المبيع المستوفاة هذه الضرورة، ولا ضرورة قبل استيفاء المبيع»
 فترى من هذا التعليل أنه لا يفرق بين الفساد والبطلان بل يخص البطلان من عدم
 صلاحية المحل لأحكام له كسكاح وعد من فساد العقد يسرى عليه ما يسرى على كل
 أحكام العقد فافسد الذي لا يعترق عن المحل

ومحى، التصريح في النبهة وغيرها من كتب الفقه بعدم بترقه،
 وأصول فخر الإسلام وشرحه، وحاشية الأرمزى في الأصول على هذا أجب

ولذلك تكدر بحكم أن مدعى حتى لا يفرق بين باطل مكح وهسه على المعو الذي يبتاه .

٢٢٩ - وفي الحق - المحققين من المؤمنين يحفلون المكح ليدخل مدع صلاحية لحل كسكاح عاره أو لاحتلال بوصف من أوصافه - حقيقة شرعية واحدة ، مصرحون أن العقد على المحرم و مكح بلا شهود كلاهما باطل ، فيقول معر الاسلام في أصوله ان كسكاح بلا شهود باطل ، ويدل ذلك قوله : « لأنه متى بقوله عليه الصلاة والسلام : لا مكح بلا شهود ، وكان معنى فصحا واطلا ، وانما يسقط الحد ، وثبت لفساد العقد وشبهه العقد » وفي التوضيح : « ان كسكاح بلا شهود باطل مع مفسدين والملاقح^(١) في المصطلح : لأنه متى بقوله عليه السلام لا تكاح بلا شهود » .

ومن كل هذا ، بهم أن الحال في أوصاف عقد كسكاح كالحال في ركع العقد مدع صلاحية من العقد حكمه ككون كلاهما باطلا في العقد . ثم بالرجوع إلى تعيين مدى يصح به ذلك لعده يرى أن رفع فاسد المكاح إلى درجة باطلية ، فمكح بلا شهود يصح به باطلا : لأن الحديث متى وجوده ، وكان في حكم لمعده . وحا في حاشية لأرميزي . « وفي النهاية المراد بافساد في باب كسكاح هو باطل ، لأن ثبوت ذلك في باب الكسكاح مع المدعى ، وانما يثبت منك ضرورة تحقق مقصد من جن الاستمتاع للموالد والتماثل ، فلا حاجة إلى عقد لا يتصلص المقصد ، ولا يثبت ذلك ، وهو له سد ، لأن ما ثبت ضرورة تنقير قسرها ، فظهر منه أن كل مكح ورد فيه تحريم ، ككسكاح المحرم وكسكاح المتعة ، والكسكاح المؤقت وغيرها باطل ، وانما عبروا عن بعضها بما ساد اشارة إلى الفرق بين المختلف فيه في صحته وفادته ، وبين المسق على بطلانه ، فعبروا عن الخلافية بالفساد ، وعن الاتفاقية بالبطل » .

ومن كل هذا ، بهم أن الكسكاح باطل لا قسمين صحيح ، و باطل . وم

(١) مضافين في أصناف الآراء والملاقح ، في غيرون الأعمام ، وكلاهما يسميه باطل لا فاسد ، لعدم قبول المحل لحكم البيع ، لأنها غير محقة ، وجود الذي يكون مقدور له .

يشتوا الفساد . وعلموا ذلك كما تقدمه بأن الأصل في علاقة الجنسية بين الرجل وامرأة أنها حرام ، ولعمد هو الذي يوجد الاستقلال من الحرام إلى الحلال ، وإذا ورد شيء من الشرع عن هذا العقد فقد نفى بهذا الشيء التحليل الذي أعطاه عقد الكناح ، فغير عقد لا يشت حلالاً ، وهذا العقد كياناً ووجوده . ويعتبر غير موجود . ولا فرق في ذلك بين أن يكون الشيء حلالاً في الركن أو الحذف في الوصف .

سأنا أن الكناح ساطع إذا كانت صورة العقد كان شبهة ^(١) ، وإذا دخل الرجل بالمرأة في هذه الحال كانت صورة العقد مائة من إقامة الحد ، لأنها شبهة والحدود تدعى شبهات . وإذا لم يقع الحد لم يكن الدخول في حكم الركن في الدنيا : فثبت به لعدة ومحب به لمرء ، وبشئ به الحب ، وقد قرروا أن ذلك ليس موجب الكناح ، ولكنه مقتضى الدخول مع شبهة العقد ، وهو يشأ للوطء ، شبهة كمن ترف إليه امرأة فيمشاها ص ، أنها عروسه ، ويست هي ، فثبت بالدخول بها الأمور السابعة للشبهة ولو لم يكن عقد ، لأن شبهة هذا الرجل الذي لا تتوافر معه أسباب العلم .

أقسام العقد الصحيح

§ ٢٣٠ - قد بينا أن العقد الصحيح هو ما صدر من أهله مضافاً إلى محل صحيح لحكمه ، وسد من حال في ركنه أو في أوصافه . وهو بهذا يشأ نوعين من العقود (١) العقود الصادرة عن أهله ، وعن لهم ولاية ، بشئها ، (٢) والعقود الصادرة من أهله ، ولكن ليست لهم ولاية الشئ بأن يكونوا ذوي شأن منها ، وليست لهم نيابة عن صاحب الشأن بولاية شرعية أو وصاية أو وكالة .
والقسم الأول من العقود هو العقود السابعة ، وتنقسم إلى هي العقود سوقية فاعقد الصحيح ، ما صدر من أهله مضافاً إلى محله ، وسدت أوصافه

(١) على خلافه في بعض العصور بين الأمام وصاحبه ، والمراد بالحد حد الركن ، وهو ركن المحسن ، وجلا غير المحسن مائة جلده

من أجل ، وكان صدوره عن ولاية على العقد . وأما العقد الموقوف ، فهو ما صدر عن أهله مضافا الى محله مع سلامة أوصافه ، ولكنه لم يكن ممن له الولاية على العقد كعقود الفصولي ، وسع بقص الأهلية وشرائه وسكاحه ، من هذه العقود صحيحة موقوفة .

ويرى من هذا أن الفقهاء يعدون العقد الموقوف من أقسام الصحيح ، لأن سيرة فيه تنشأ موجبة أحكام ، ولكن لأنها لمرة من لم يشتر في انشائه يتوقف العقد على اجرة صاحب الشئ ، ون أجرد عدد ، وان لم يحرم بطل . فمادة صدرت صحيحة ، صدورها عن ذي أهلية في محل صحيح ؛ فيكون العقد صحيحا ؛ ولكن سائر الأحكام في وقت الاجارة ، وشافعي يذهب في ذلك ، ويرى أن العقد ، يوقوف من أقسام العقد البطل ، وذلك لأن ولاية العاقد على العقد شرط الاعتقاد ، وانست مشروعا بعدا فقط ، فكل عقد صدر عن ليست له ولاية العقد ، فمعارته ماعاد لا يستحقها . فعقد فاصر الأهلية باطلة ، لأنه ليس ذا ولاية ، وكذلك عقد المصوى ^(١) ، هذه ولايته على محل العقد ، وعلى ذلك يقرر شافعي أن العقد الموقوف عقد بطل ولا بعد من أقسام الصحيح

٢٣١٥ هذا الأصل في العقود الصحيحة أن تكون لازمة ، ليس لأحد طرفيها الاعتراض بفسحها ، وبطلان التزامها ، وذلك لأن العقود تعقد بمقتضى وأعراض ، واتساع حاجات ، فكل من عدم مقصوده أن يكون أوفاء بها لازما على كلا طرفيها ، ولأن العقود عهد ، وعنده الوفاء بهدكت في الدمة ، وقد قال تعالى : « وأوفوا بالعهد » ، إن العهد كان مستحولا « ولأن الوفاء بالعقد لازم نص لقرآن » ، اد يقول الله تعالى « أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » ، ولأن آثار العقود التزامات ، والالتزامات من طبيعتها أن تكون لازمة .

(١) راجع تعريفه المصنوع وهو ما قام الأئمة ، قد سب هالك مذهب الشافعي بأدبه ، هذا وبلاحد أن العقوب ، بحيث لا يستمر العقد الموقوف من أقسام الصحيح ، بل يصير من أقسام البطل ، مع أنه يوافق الجمعية في تعريفه للعقد ، ولكن مع أنه يعده من أقسام البطل بغير أنه صحت ، لأنه يصير الى اسطلاح في حال عدم الاجارة ، وذلك نظر دقيق .

يبداه مع أنه الأصل في عقود أن تكون لأزمة واحدة شارع أن من مصلحة العاقدين ، ومن ثم الاستيثاق من ارضا عن بية أن يحصل ما هو لازم من لأزمه أحده ، بل ان من شأن بعض عقود أن تكون التزاماتها من جانب واحد ، فاعقد الآخر غير ملزم بالتسليم بها ، لأنها مبنية له يست عهدا واجب الوفاء ، كالكفالة بأمانة صاحب الحق الذي كان موضوع الكفالة ، بل ان من لعقود ما لا يكون من مصلحة العاقدين ، والمعاملات المالية أن تكون لأزمة ، هذا كله حص الشارح . بعض العقود لازم وبعضها غير لازم ، ونسبها درجتي في ابروم وعدم اللزوم . وعلى ذلك قد قسم الفقهاء العقود بأربعة إلى أربعة أقسام .

(القسم الأول) عقود لازم غير قابلة للمسح ، وهي عقود المسكاح والجمع ، وفي المسكاح إذا اعتقد اعتد لازما لا يقبل المسح ، فلا يمكن العاقدين أن يتراضيا على مسحه وإبطاله ، لأنه متى اعتد لا يعطل ، ومنه الجمع ، إذا اعتد لا يستقل أحد العاقدين بمسحه ، وإذا تراضيا على مسحه لا يمسح . وقد يقول قائل : إن المسكاح غير لازم بأمنه للزوج ، لأنه يملك التخلص منه باصطاق والحوار عن ذلك ان الطلاق ليس مسحا للمسكاح ، بل هو اميل له ، ووضع حد لآثاره ، إذ لمسح يأتي على أصل العقد بالأبطال ؛ فيعبر به لعقد كأن لم يكن ، كالتبايعين إذا تقابلا البيع ، وكالمهرين إذا فسخ الرهن ، فإن العقد في هذه الحالة يعتبر بأمنه للعاقدين كأنه لم يوجد ، والطلاق ليس كذلك ، لأن الطلاق متى على مسكاح ، ولا يتصور من غير اعتقاد المسكاح ، إذ هو ثمرة من ثمراته ، فلا يمكن ادن أن يأتي على المسكاح باقصر ، لأنه الأصل الذي تم عليه ، فلا يعتبر الطلاق مسحا ، بل يعتبر إنهاء للحياة الزوجية ، مع بقاء آثار العقد التي وجدت بمقتضاه قبل الطلاق ، بل قد يكون الطلاق تفريرا لبعض أحكام العقد ، فهو يفرر حق المرأة في نصف المهر ان كان قبل التحول ، ويجعل لها حق اللطاسة بتؤخر اصداق ان كان بعد التحول .

والعقود اللازمة التي لا تشمل الفسخ لا تندرجها خيارات فلا يدخلها خيار شرط ، لا الرؤية ، كما لا يدخلها خيار العيب في الخطة ^(١) . وذلك لأن الخيار معناه أن تكون لأحد المتعاقدين الحق في فسخ العقد ، وذلك يعني طسعة هذه عقود ، لأنها لا تشمل الفسخ من أحد المتعاقدين ، أو منهما مجتمعين كما قررنا . ولأن أنواع الخيارات لا تندرج هذه العقود ، قال الفقهاء فيها : إنها لا تترأى أحكامها عن أسسها : لأن الخيار من شأنه أن يجعل لأحد المتعاقدين غير مبرم التزامات العقد ، ودخوله في العقد يجعل وصلا بين العقد والتمارمة أو بين سبعة وهو الصيغة وآثاره وهي الأحكام .

(والقسم الثاني) عقود لازمة تشمل الفسخ . فمحور التعاقدين أن يترأى على فسخ العقد ، ويكون الفسخ نافذة في حكم العقد . وكأنه لم يكن وهذه هي عقود المعاوضات كالبيع والأجرة والبراعة والمساواة وغير ذلك ، وهذه العقود قسمان

(١) عقود ، قصص لازمة لها ، وهي أهداف البيع أو بيع أو روية ، وهذه تكون لازمة وليس لأحد المتعاقدين أن يشترط نفسه حق فسخها في مدة معلومة بأن يشترط لنفسه خيار الشرط . وذلك لأن هذا الشرط يعني القصص اللازمة هذه العقود ، فاشتراطه يكون مديا بقصص العقد ، فلا يفسخ ، وعلى ذلك تكون هذه العقود لازمة ، ولا يعطى أحد المتعاقدين حق فسخ شرط فسخ . ولقسم الثاني من عقود المعاوضات عقود لازمة القصص فيها كسائر البيوع ، وكالأحارات وغيرها ، وهذه تكون لازمة ، لا تستقل المتعاقدين بفسخها ، ولهم أن يفسحوا بالتراضي ، لأنها قابلة للفسخ ، ولكن مع ذلك لأحد المتعاقدين أن يستقل بفسخها . واشترط ذلك معه في العقد مدة معلومة ، وذلك عما سمي خيار الشرط على ما نوهنا إليه .

(١) أما في التفصيل فخير حسب بدو في بعض الأحكام الدرة على خلاف صواب بين الفقهاء في ذلك ، موضع كتاب كساح . ونحوه بين التعييب ومن أحارب بين تدخله . التكاخ خيار اللوغ وهو أمر استثنائي فيه .

وعقود الموصفات في الجئة لا يثبت لها لزوم عند الثمعي وإن حصل لا بعد تفرق المصالح ما فليس تفرق مجلس العقد فكلا العاقدين عند هذين الامامين فسحبها بخيار المجلس ، وحذف في ذلك بقية الأئمة على ما بينه في حيز المجلس في أول الكلام في العقود ثم شرط لزومها حيث من حيث الشرط والرؤية واعيب : لأنها إن وجدت أخذها كان العقد غير لازم ، وعدم تكامل الرضا

(القسم الثالث) عقود لازمة باسمه لأحد العاقدين ، غير لازمة باسمه للعقد الآخر ، وحدث من الرهن والكفالة ، فانهما عقدان لازمان باسمه لراهن والكفيل ، اتفق حق المرتبه والمكفول له ، حين الرهونة ، وسمه مكفيل ، وكسر هذين العاقدين غير لازمين باسمه للمرتبه والمكفول له ، لأنها باسمه لهادين ، للاستيثاق من اسمه ، حقوقهم ، وهو أن يتبرأ عنها ، فلهما الأولى أن يبرأ عن الاستيثاق من استيفائها ، وكذلك كل عقد يكون فيه أحد العاقدين قد تعذر ، فهذا أوحد غيره ، فله من غير أن يكون له حق في نظيره قبل هذا الآخر ، وبه في هذه لحال يكون مبرأ ، وفاء ، والآخر غير ملزم شيء ، فلا يكون أحد لازم باسمه .

(القسم الرابع) عقود غير لازمة باسمه لكلا العاقدين ، فكلا العاقدين أن يسحبها مفردا يسحبها ، مستقلا به ، ولو لم يرص الطرف الآخر ، وهذا يشمل عقد الوكالة وعقود انتزع التي تخرج عن أبواب الصدقات ، وكذلك عقود انتزع المصاف أي ما بعد موت ، فكل هذه عقود لكلا العاقدين أن يسحبها مفردا ، ولو لم يرص الطرف الآخر .

وعقود الشركات لا تكون لازمة أبدا : لأنها في مصوبها ليست إلا عقود وكالة ، لأن كل واحد من العاقدين قد وكل الآخر في التصرف عنه فيما يملك من التصرفات على ما هو مبين في باب الشركات . هذه هي أقسام العقود بالنسبة للزوم وعدمه . ولغتها ، اختلاف في دحور

نقص العقود في أحد الأقسام دون الآخر وهو مبني في موضعه من هذه العقود ، ونحن هنا لا نتعرض إلا للقضايا العامة .

الخيارات

§ ٢٣٢ - الخيارات جمع خيار ، ومعناه الاختيار ^(١) ومعناه في اللغة طلب خير الأمرين ، والاتجاه إليه . ويعبرون أن التأثير في نهاية في معنى كلمة الخيار في قوله عليه السلام : « ليس من باختر ما يتفرقا » الخبر سم من الاختيار ، وهو طلب خير الأمرين إما امضاء العقد أو فسخه . وهذا المعنى الذي ذكره ابن الأنبار قريب من المعنى الشرعي لهذا اللفظ الذي احتضرت به الشريعة الإسلامية من بين التقوا بين الحديث ، من المعنى الاصطلاحي نثبت اللفظ هو أن يكون لأحد ما قدس أو كليهما الحق في بيع العقد ، بأن يعطى الحق في تخيير أحد الأمرين إما امضاء العقد وتقريره ، أو فسخه ونقصه من أساسه .

وإذا كان هذا هو المعنى الشرعي للخيار فهو يؤول من قرب إلى العلة لدفعه شرعية الخيار ، وهي الاستيثاق من إرضاء وإسكان من وجوده وتعرف ما يعود على ما قدس له من وجوده النقص ، وما يعرف في سبيلها ، والموازنة بينهما موازنة تكون على قيمة من حقيقةهما ، لا لثبوتها في شريع في أحوال خاصة أو عند اشتراط أحد ما قدس حقه أم لا ، أو الخيار ، وذلك إذا كان الرضا على ثبوت من أن العقد في مصطلحه ويريد تروى . ودراسته لأوضاع من كل بواحيه من غير أن يفوته العقد ، فقد بدعه نقص خبرته من أن يشترط ذلك لنفسه ، وأن يشترطه شخص آخر يهيم رضاه بالعقد ، يستوثق من أنه كان في مصطلحه ثم أحياه ، يكون على شخص ما عقود عليه ناقصة ، فيلاحظ أن الشارع هذا النقص ، فيعصيه حق التمسك ، يكون رضاه على علم وقيمة ، من أحياناً يرضى عنداً بالعقد عليه عن

(١) ويقول اللغويون إنه اسم مصدر بمعنى اختار ، لأن اسم المصدر ما كان فيه معنى نفسد دون حروبه ، ولا شك أن هذا معنى كلمة لأخبار ، وهي انبساط دون حروبه .

أنه سليم حال من العيوب ، ثم بين معيلاً يجب لم يكن نعم به وقت العقد ،
فإنه لشارع حق الفسخ لهذا أيضاً .

ومن كل هذا ليس أن شرعية أخبار كتاب الاستيثاق من أن الرضا
باعتد قام على أساس من انه الصحيح ، كما تبين أن أخبار كتب
أحد أمرين (١) أما بشرط العقد ، ثم له بعد الصحيح نعم العقد ومعرفة ،
(٢) وأما تقرير الشارع وفقاً مقتضى في الفروع الذي قد عساه ارتد ، أو منه تعبير
وتجليل في صحة .

وعلى ذلك تكون احزاب قسمين : أحدهما ثبت بشرط العقد ، وهو
يشمل فرعين : أحدهما خيار تعيين ، وأما خيار الشرط ، والقسم الثاني يست
بأشياء الشارع ، وذلك يشمل خبرات كثيرة بعضها يخص بعد لأمده كخيار
اعتق ، وحار مبيع^(١) ، وبعضها هو عدد من العقود ولا يخص الواحد
منها ، وما دما تنكاه في عوائد العامة فليس كما من هذا النوع على ما يعم ،
ويترك ما يخص أن الكلاء في العقود التي تحس به في الأحوال الشخصية . وأما
بعض أخبار الفقه من حار مبيع ، خيار الزوالة ، وان فليس كما على خيار
زوجة هي حار معين ، وخيار الشرط ، وحار الزوالة ، وحار المبيع .

خيار التعيين

§ ٢٣٣ — يدخل هذا النوع من الأخبار في عقود المعاوضات العامة التي
تفيد تقليد الأعيان ، فيثبت في البيع ، وأما موعود مشروط في العقد ، والصالح
الذي هو في معنى البيع ، ومعناه أن يكون المشتري أو المائع بالخيار بمقتضى شرط
في العقد أن يعين واحداً من اثنين أو ثلاثة أشياء متبوتة قيمتها فيما بينها .

١١ قد آثر أن يترك الكلام في هذين الفرعين من الخيار وما يشبههما لخيار الكفاء
لأنها بحسب الأحوال الشخصية وح لا تنسب إلا على قدر ضرورة . وخيار الفسخ أن يثبت
للأمة حق اختيار نفسها معها ، أو زوجها وهي أمه . وخيار المبيع أن يكون للامام أو لعتاة
، أو حق البيع ، أو زوجها ، أو الأب والجد من الأبناء .

والعقد يكون معقوداً على واحد من شيئين أو ثلاثة على أن يكون لأحد المتعاقدين الحق في تعيين ذلك الواحد .

وشبه ذلك نوع من الخيار موضع خلاف بين الفقهاء ، لأنه يخالف للقياس ، إذ قياس تنسيق أن يكون محل العقد معيّناً معقوداً ، وتعيين بين واحد من ثلاثة تعيين له ، فلا يكون عقد صحيحاً . لأنه عزز وكل عزز يعد العقد على عدم ما علمت في محل العقد . ولقد أخذ بهذا القياس أحمد بن حنبل والشافعي وروى ، فقد جاء في الشرح الكبير ما فيه : « لا يجوز أن يبيع عبد غير معين ؛ لأنه مجهول » ، لأنه عزز ، وقد بينى السيوطي أنه عنه وسلم عن بيع العزز ، ولا عدلاً من عنده سوى « فهو ككثير » ، وبه قول الشافعي وقول أبو حنيفة إذا باعته عدلاً من عدس أو من ثلاثة بشرط الخيار صحيح ^(١) ، ثم ذهب أحديه جانب فيه ، القيس إلى الاستحسان ، ووجهه أن الحاجة إليه ماسة ، لأن من الناس من لا يمشون إلا سواك ، ولا يقفون فيه ، كالأكار وكالتحدرات من النساء ، فالحاجة إلى أن يمشوا بشيء لهم ، ثم لا تدفع حاجتهم بشيء واحد معين من جنس ما يرغبون في شرائه ، فبعضه لا يوافق رغبتهم من كل أوجهه ، فيحتاج إلى أن يشتري رسوهم أو وكلهم واحداً من اثنين أو ثلاثة من ذلك الجنس ، ويحبهم إليه ، يحبوا واحداً ، لأن الحاجة ماسة إلى هذا النوع من العقود إذ جرى التصديق به ، جرى عرف الناس على إقراره ، ومن المقرر فقهاء أن العرف يكون حجة بحكمه في القياس ، وحجة المبيع هما معتبرة ، لأنها لا يفتى إلى المصلحة ، وما كانت حجة معتدة للعقد لأنها لا يفتى إلى المصلحة ، في الدراع ، فإذا لم يتحقق فيها ذلك وصف فلا يتحقق منها الفساد ، فيصح معها ولا تطله .

§ ٢٣٤ ويشترط صحة العقد مع هذا الخيار ثلاثة شروط . أولها أن يكون التعيين بين ثلاثة أشياء ، فقل ، فإن كان بين أربعة فاكتر لم يصح ،

ثانيها أن تكون هذه الأشياء التي تجري التحجير فيها متعقبة فيها .
يتحقق التحجير بين أحدها ، وأن يدكر مع كل واحد شبه يكون الثمن معلوما ،
ثالثها أن يكون للتحجير مدة معلومة ، حدها أو حسمه ثلاثة أيام لا تتجاوزها
واكتفى الصاحبان بأن يكون معلومة ، وأنس لها حداً أعلى ، وكل أحد دكر
بصح معه اعتد مهما يتطول ويمتد ، وقال آخرون إن خيار معين يسره
مدة معلومة .

هذه هي شروط خيار التعيين التي لابد منها صحة اعتد معه ، وإن لم
تتحقق فسد اعتد ، وقد علموا اشتراط أن يكون الخيار بين ثلاثة أشياء من
شرعية خيار التعيين للحاجة ، والحاجة تقدر بمدرها ، فيمكنها بما يدفعها ، ولاشت
أن التحجير بين ثلاثة لا يجوزها ، فيه دفع لها ، لأن الثلاثة تشتمل على تحديد
والتوسط والردى ، : وبالتحجير بها دفع الحاجة التي حمت لثمنها ، يقررون حين
التعيين حروجا على القياس أو الاستحسان ، فيكون التحجير بين أكثر من ثلاثة
تحجيها لا حاجة إليه فيسقط على أصل القياس .

وعلموا اشتراط انعقوت بين الأشياء المحجور فيها مع سائر ثمن كل واحد منها
إن لم تكن متعقبة في مريها لم يكن للتحجير فيها معنى ، فيكون عسفاً ، وأنه إن
لم يذكر الثمن وكان محبولا فسد البيع ، لأن هذه الحالة تفضي إلى إساءة ، ولأن
اعتقها يقررون أن حكم اعتد مع خيار معين أن اعتد يكون معقودا في واحد من
الثلاثة أو الاثنين غير معين ، ولا يثنى ذلك إلا إذا ذكر أمام كل واحد ثمنه
وعلل أبو حنيفة تعيين مدة الخيار ثلاثة أيام بأنه يشبه خيار الشرط ،
وخيار الشرط عده لا تتجاوز مدته ثلاثة أيام ، واعتصموا في اشتراطهما تعيين
المدة من غير دكر حد أعلى فلا يسرون على أصحهم في خيار شرط ، وسعين
وجهة نظر الفريقين في ذلك عند الكلام في خيار الشرط

ووجهة نظر الدين لم يحسبوا خيار التعيين مدة أن لمدة شرط في كل خيار
لا يشتد معه أثر اعتد ، يعلم متى يشت الأثر : وشترطت في خيار شرط على

ما سيحي ، لأنه يؤخر الحكم ، فمصلحة له حق الخيار ، أما خيار التعيين فيثبت فيه الحكم في واحد غير معين بدليل أنه لو مات من له الخيار ينتقل للملك لورثته في واحد غير معين ، ويكون ضم حق التعيين ، ولأن الحكم في العقد الذي طاربه شرط خيار التعيين ثبت بمجرد انعقدته ثبت فيه مدة .

ولكن الأمثل والأعدل بالنسبة للعقد الآخر الذي لم يكن له الخيار أن يكون هناك مدة يستطيع أن يعرف مال ملكه ، وإمالة التي ينتهي اليها من خبر بحيث إذا مضت المدة ، ولم يخبر ، أحر على الإحسان والتعيين .

٢٣٥ - وقد قل بعض أئمتنا إن خيار التعيين لا يصح إلا إذا كان معه حذر شرط وأن يشترط عقداً الذي اشترط معه خيار التعيين أن يكون له حق التصح مدة معلومة ، وهذا هو اختيار شمس الأئمة السرخسي ، وقال فيه أنه صحيح ، وجاء في الجامع الصغير ، وقال به أصحابه لا يشترط أن يصحب خيار التعيين خيار شرط ، وهو المذكور في الجامع الكبير ، وما ذكر في الجامع الصغير اتفاق لأئمتنا وحده الاشتراط ، وقال في هذا تقول شمس الإسلام ، به الصحيح .

وعلى رأي من يرى أن خيار تعيين لابد أن يصحبه خيار شرط ، يكون من له الخيار الحق في تعيين واحد من الثلاثة أو الاثنين ويكون له الحق في مسح العقد من كل وجهه فمقتضى خيار الشرط ، أن خيار الشرط يجعل له الحق في مسح العقد مطلقاً ، لا في تعيين واحد من الثلاثة أو الاثنين ، وأما على رأي من يقول أن خيار التعيين لا يشترط بحقيقته وجود خيار الشرط معه فقد قالوا أن من له الخيار الحق في اختيار واحد من الثلاثة وليس له أن يردّها جميعاً ، لأن العقد منعقدات لازم بمصلحة واحد غير معين ، وعلى من له الخيار التعيين

وقال السرخسي إن له أن يردّها جميعاً ، لأن خيار التعيين بمصلحة خيار الشرط يخص عقد غير لازم^(١) ، وجاء مثل هذا في المدائع للكنز ، وعليه فإن العقد الذي ثبت مع خيار التعيين في واحد غير معين ملك غير لازم ، وليس له حق الخيار

على هذا أن يردّها جميعاً ، ويشبه هذا مثلك ، ثلاث الذي شئت مع حيدر الرؤية
والعيب (١) .

§ ٣٣٩ وحاصله القول أن وصف العقد أنه يكوّن مبرراً به اشتراط
خيار التعيين لأحد العاقلين أن العقد يكوّن معتقداً ، وبشت ثمرات فيه يشتري
في واحد غير معين من ثلاثة الأشياء أو الأسبوع ، وهذا هو الرجح في المذهب ،
ويرى بعض الفقهاء ، وهم لا كثرون ، أن من له الخيار يس له الحق في فسخ العقد ،
وسكن له فقط أن يعين ما يشاء ، ويرى بعضهم أن له الحق في تعيين ما يشاء ، كما
له الحق في فسخ العقد نفسه ، لأن مثلك الذي يشاء به مثلك غير بت كالمثلك
الذي يشاء مع خيار الرؤية والشرط

و يسمى اختياراً اختياراً وحدهم حيز فيه مراعاة بأن يقول اخترت هذا ،
أو دلالة بأن تصرف به في يد على احضاره لأحدها كأن يعبر بين ثلاثة ثواب
فبأخذ أحدها ويعطيه هذا العمل يكون اختياراً لأحدهم بدلالة العمل لا بدلالة
القول .

وكما ينتهي اختياراً اختياراً أحدهم مراعاة أو : لأنه ينتهي بهلاكها وقدم
واحد معينة ، وفي هذه الحالة يكون متعيناً الاختيار ، وفي كتب الفقه تفصيل في
اهلها فليجمع انه فيها ، وليس كتب تفصيل أحكامها ، بل لأحد كليهما

خيار اشترط

§ ٣٣٧ خيار اشترط هو أن شرط أحد العاقلين أو كلاهما نفسه أو
غيره حق فسخ العقد مدة معلومة من زمان ، كأن يقول لمشتري مثلاً اشترت
هذه العيينة ثمن كذا على أني بالخيار ثلاثة أيام ، وهذا الشرط يكوّن معارفاً
للعقد ، وهو مخالف لمقتضاه ، ولذلك فتأويل الأصل : قدس أن يكون شرطاً
فاذا نفذ العقد لم يفسد ، ولكن العقد ، أجازوا استحساناً ، سمين

نحوه ورود الأثر بصحته والخرقة ، فقد ورد في الحديث أن حسن ابن مقد كان يمين في السمات فقال له النبي صلى الله عليه وسلم « ذا نابت فمن لا حلالة ، ولا خيار ثلاثة أمه »^(١) هذا الحديث صريح في احرقة خبر الشرط ، ومن المقرر أن ورود الأثر بصحة شرط يجعله صحيحا ، وإن كان محلها لمقتضى المفد - لأن نص في الشريعة حاكم على العهود ، لا حاصص لأقسام .

ثانيهما أن الحاجة قد تدعو إليه ، فقد بحثي أحد العقدين المتحدع اما عدم صفيق في الأسواق ، أو لأنه لم يكن داحرة نمة نصف ليعود عليه ، وقد يريد أن يشور من يهيم الرضا بالعهود عليه ، وكل من مقتضى هذا أن يقدّم عقد مشروط بحقه حق مسيح نذا ، حتى يستطيع أن يذرا عن نفسه شعير ومصلحة ، باستشارة أهل الخبرة ، وحتى يضمن رضا من يهيم رضاه ، وترى من هذا أن الحكمة في شرعه حد الشرط هي الامتثال من الرضا ، والتمكين من نفسه ، والاحتياط له بحبسه بكل دواعي انه يكون على نمة نمة ، ومعرفة صحيحة .

٢٣٨ - ومدة اخبار ثلاثة أمه لا ترد عليه ، وقد نقص ، وهذا عند أنى حيفة ورقر وشافعي ، ومن حسان وحمد بن حنبل يصح إذا ذكرت مدة معلومة ، ولو كانت موقلة . وفي مالك الأصل أنه يكون ثلاثا ولكن يصح اعميين أكثر من ثلاثة إذا وجدت حاجة تدعو إلى ذلك ، كأن يكون من يريد استشارته في قرية لا أصل ، يعود مبي في ثلاثة أمه ، وفي هذه الحال يصح اختيار الحدة التي تسع الهداب والأمانة ، والاستشارة وحيثه الذين قيدوا لمدة ثلاثة لا يعدوه أن يقرض اختيار أنت على خلاف

(١) جاء في فتح البدر في بيان سبب الحديث « عن ابن عمر قال كان حسان بن محمد رجلا صديقا ، وكان قد أسبغ في رأسه دمنونة غسل له رسول الله صلى الله عليه وسلم الحيات في ثلاثه أيام فما اشتد به ، وكان قد ثقل منه ، فقال له النبي صلى الله عليه وسلم « لا تعال ولا حادثة » وكان يشترى النبي ، فحسب ، فعملوا هذه الداء ، فحسب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قد حبر في يميني « الفتح جزء خمس من ١١١ .

القياس إذ هو شرط مخالف لمقتضى العمد ، وقد ثبت لورود النص به ، فيقتصر فيه على محل النص ، والنص الذي ثبت به وهو حديث حبان الآنف ذكره مقصور على ثلاثة ، فلا يتجاوز به ثلاثة وهو هذا وقد ورد عن ابن عمر أنه قال « ما أحد أوسع مما حصل رسول الله صلى الله عليه وسلم لحبان ، حصل الحبير ثلاثة أيام ، إن رضى أخذ ، وإن سخط ترك ^(١) » .

هذه حجة أولى حبيقة ورفرة والثاني ، وهي حجة مالك أيضا : لأنه بقيد ائمة بها ، غير أنه يقول إن الحاجة أيضا تدفع بحاشية مقتضى العمد لم تقدم نصا ، لذلك حار ذكر مدة أصول من ثلاثة إن وجدت حاجة داعية ، وأما ما دام نكسر الثلاثة كافية لم يكن الشرعية الحبير للشخص فائدة ، فكان من معنى النص الحاجة أكثر من ثلاثة إن وجدت حاجة داعية لتقدير أكثر من واحدة صاحبين واحد من حصل أن الحبار شرع فيتروى لدفع النص ، ومع التعرير ، ولأن من الانحداع . وقد تدفع الحدح إلى تعيين مدة أصول ، غير تعيين هذه المدة ، ويترك الأمر إن تقديره قدس ، وكون الحبير شرع على خلاف القياس لا يستدعي الاقتصار على ذكر ائمة المذكورة في الحديث ، فذكر رسول الله صلى الله عليه وسلم هذه ائمة كعبها حسن ، ولكن عساه لا تنكفي غيره ، ثم يكون دووه ائمة سننهم عاشين عنه ويسوا قيسين معه كحسان ، وإن قصد العاقدس إلى تعيين مدة طول دليل على حاجتهم اليها ، وهو صاعد صريح لتعيين الحاجة ، وأما ، في الحديث شرع شرط الحبير لمضى معتقلا لا تعمد ، وهو حشية النص في ابياعات ، في كل موضع ثبت فيه تلك أخشية فالحبير مشروع فيه ، ومدة التي تنكفي فيتروى ودر ، النص هي التي بعدها العاقد نفسه ، وكل امرئ ، أدري بحقه .

§ ٢٣٩ — وحديث الشرط يصح أن يشترطه كل واحد من العاقلين نفسه ، ويصح أن يشترطه أحدهما نفسه دون الآخر ، ويصح أن يشترطه أي واحد من العاقلين لغيره ، وذلك عند أي حميه ومالك وإحمد من حصل وشاهبي على أحد

قبوله ، وحالف في ذلك رفر والشص في قول ، وحجة من جانب ورفض أن
 يكون الخيار غير العاقدين — أن الخيار شرع لمصلحة العاقدين وليس لغيرهما في
 العقد حفظ فم شرع له ، وأبصر فاختار إذا افترق شرطه ، انعقد كل مثل موحدته
 وأحكامه ، وهي لا تمتد إلى العاقدين فإذا اشترط الخيار غيرهم كل ذلك أثبت
 حكم العقد لغير العاقدين

وحجة الأئمة في أحرازهم ذلك أن الأحكام التي شرع اشتراط الخيار بسبب
 هي التي تجعل اشتراط الخيار لغير عاقدين مباحاً ، لأن الشخص عنه يحتاج
 إلى شيء غيره وان رجوع إليه ، لأنه يهمل رصده بالمعقود عليه وقبضه له ، فيشترط
 أحرازه ، ويقوض إليه حق الفسخ ، ليكون الرضا عقدة معوية في عنه
 لا يستطيع الرجوع منها . وكوّن الخيار من مقصبات العقد ، لا يساق مع اشتراطه
 غير العاقدين : لأنه إن اشترط أحد العاقدين غيرهم كان الخيار هذا العاقد
 بالاصالة وغيره بامانة ، فكان له حق الفسخ ينقضي بالوكالة عن العاقد
 الذي اشترط به الخيار . ولذلك إذا اشترط أحد العاقدين الخيار غيره ،
 يثبت الخيار له ضمن مقتضى ذلك الاشتراط ، لأن هذا ملط على
 حق الفسخ من حصة ، فلا بد أن يثبت له أولاً لكي ينصهر امكان تسليط
 غيره على الفسخ . وإذا كان الخيار قد ثبت له ، ثبت أحرازه أيضاً ،
 وفسخ الآخر . فحق مباح يثبت ، فإن كانت الاحارة هي السابقة أبرم
 العقد ، وإن كان الفسخ هو السابق ففسخ العقد : وإنما جعلنا الاعتدال المتقدم ،
 لأن تصرف الثاني يعتبر لعملاً بالنسبة للأول ، إذ السابق أن كل فسخاً فقد
 نص العقد ، والعقد الماثل لا تنقذه الاحارة ، فتجوز احارة الثاني على غير عقد
 وإن كان سابق احارة ، فقد أبرم العقد وصار لازماً ، ولا يكون لأحد من بعده
 حق فسخه (١)

(١) يعد من انتهاء صبرة منه ، وهي أن يغير أحدهم وفسخ آخر ، ويخلفه في وقت
 واحد ، ويقعرون في هذه الصبرة بعده برفوع أنه يرجع حسب الفسخ ، هذا في رواية ،

§ ٢٤٠ - وحيار الشرع يحل لعقود اللازمة بالنسبة للعقد التي لا شرط فيها لعرض قبل عرق الخس ، فالعقود غير اللازمة لا يسجلها حيار شرط ؛ لأنه فيها يكون عوداً لا قيمة له ، إذ مؤداه أن يكون من شرط حيار نفسه حق صحيح عند ، وذلك الحق ثابت في العقود غير اللازمة من غير حاجة إلى الاشتراط ؛ فالاشتراط فيه إذن عود لا معنى له ، وانحد بالزمن التي لا تقبل الفسخ اشتراط الحذر مداف كل مسافة متتبعها ، إذ هذه العقود لا تنأى كثرها عن عدم ، بل يشتهر له ، وشرط الحذر من متتبعها ، فحيز الأحكام ، منه من اشتراط نفسه الحذر ، حتى تنتهي المدة ويبرم ويفسخ ، وهذا معناه أن يتراخى حكم العقد عن عودته ، وذلك ما لا يصلح عقود غير القابلة للفسخ ، وعلى ذلك تكون الأحكام والعلاقات والعتاق والخلع لا يسجلها حيز شرط الألف غير قابله للفسخ ، ولا يندس أيضاً حيار الشرط لعقود التي شرط فيها لعرض كالعقود الزمنية والمصرفية ، لأن من مقصود الحذر ، فحيز الأحكام ومنه فسخ ، وهذه العقود شرط فيها القبض فهي مافية لاشتراط الحيار .

وكل عند فيه الأوصاف سابقة يست فيه حيز شرط ، فيثبت في البيع والأجرة ، والاحتج ، والإرارة والامانة ، ذلك من العقود اللازمة التي تقبل الفسخ ، ولا يشترط فيها القبض

§ ٢٤١ - وحيز الشرط يمنع ثبوت الالتزام على من اشترط الحيار نفسه ، فالتزامات العقد تامة له تكون متأخرة ، فالتزم إذا اشترط الحيار نفسه لا يخرج مبيع من ملكه ، ومشتري إذا اشترط الحيز لا يجب عليه دفع الثمن ، وهكذا ، وإن حيز لأحكام ، من حيار شرط ، منه من اشتراط الحيز ، هو

— وفي رواه أخرى يرجح حسب ما تقدم ، لأنه الأصل وهو أقوى ، ويدعمه على القول بأن التامه الذي جعله حيز ، وهو حيث ذلك من أحد القلوب ، فمسكه دلالة بفعل ، وهذا لأن تصرف الذات للخدمة ، ولا حاجة عند ضرورة انصرف منه ، ووجه الرواية الأولى أنه عند النطق لم يكن عرف قد وجد ، فكأنما مالك انصرف ، فصار ما يرجح لأقوى ، وهو صحيح ، وإن رجحنا الأجرة لم تكن معه ، مع أنه إن رجحنا الفسخ أمكن عند من حيز .

مذهب في حقيقته وأحكامه ، ومذهب مالك ، وقول في مذهب الشافعي وابن حنبل ، وعندهما في قول آخر أن شرائط خيار اشترط لا يؤخر الأحكام ، بل تثبت الأحكام فور انعقد العقد الخالي من خيار شرط ، وكل أثر احذر أنه يجعل العقد غير لازم كالعقد مع خيار برؤية عقد من يراه ، وكالعقد مع خيار عب . ووجه شافعي وابن حنبل في هذا الرأي أن انعقد صحيح نافذ ، فاقضى أن تثبت أحكامه بمجرد إتمامه ، إذ لا سبب يوجب التراخي ، والخيار ليس بسبب لذلك ، لأن الخيار معناه أن يكون للعقد حق الفسخ ، ومعنى هذا أن يكون غير لازم . فلهذا من اشترطه فيقتصر أثره على ذلك ، ولا يمتداه إلى تأخير الأحكام ^(١) .

ووجه أني حقيقته ومن ذهب مذهبه أن العقد مع الخيار فاسد فلا يثبت أحكاما ، ووجه قصوره هو عدم لزومه ، لأن الشارع قد جعل بعض العقود لازما فقد بطل بها أحكامها لا تتحقق إلا مع لزومه ، وإذا جعل خيار اشترط العقد اللازم غير لازم ، فقد منع أن تسقط به الأحكام التي جعلها الشارع لا تتحقق مع غير اللزوم ، حتى ثبت ذلك اوصف ، فمحقق هذه الأحكام : وأما فاسده من مقرر أن العقد ليس له التصرف في الحقوق التي يثبتها العقد مع قيد الخيار بل بشرطه ، وذلك بالإجماع ولو كان العقد منساقا لمحقق حتى يثبت فيه ، فكان من ثبت به التصرف فيها ، وذلك لا يجوز فصلا . ثم إن من اشترط اختيار نفسه فعلى ذلك أن الرضاء يتم بهائنا من جهة ، وهذا الرضاء يتم فأحكام العقد لا توجد باسمه له : لأن أحكام العقود لا تنبع إلا عقودا تسكمل فيها الرضاء ^(٢) .

§ ٢٤٢ — ومهم لكل من اختلف عقده باسمه تراخي أحكامه انعقد الذي صاحب الشاء اشتراط الخيار ، فقد اتفقوا جميعا على أنه عقد غير لازم باسمه لمن اشترط الخيار نفسه ، فله الفسخ طول مدة الخيار ، وله حق الامتناء

(١) راجع في هذا الترخ الكبير الجزء الرابع من ٧٩ .

(٢) استخلصنا هذه الأدلة من البدائع الجزء الخامس من ٢٦٥ .

فيها ، فإذا أمناه نرى وسقط الحيز ، لأنه يصير عقد لازماً ، وإذا صح العقد بطل ، وصار كأن لم يكن ، وفتح العقد أحداً يكون سره . وأحياناً يكون دلالة . ومثال الثاني أن شرط البائع الحيز منه ، وقبل مضي مدة اخبار بيع المين غير مشتري ، ففي هذه الحال يعتبر ذلك فتحاً دلالة : لأن بيعه للثاني دليل على عدوله عن البيع الأول ، وذلك اختيار للفتح وترك الاعماء . وقد اتفق الفقهاء على أن الفسخ غير الصريح يصح في عينة العاقد الآخر ، وسكنوا اختلافوا في الفسخ صريح ، فجمهور الفقهاء على أنه يصح في حضرة العقد الآخر وعينه كالفسخ دلالة لأصراحة .

وقال أبو حنيفة ومحمد : أنه لا يصح إلا في حضرة العاقد الآخر ، ولا يصح في عينه ، ووجهه نظر الجمهور أن الفسخ حق لمن له حيز يستقل به ، ولا يحتاج إلى رضا الآخر ، وقد نال ذلك الحق مدني منه ومنه ، وبحسب أن يترقه هذا في كل وقت من أوقات مدة الحيز ، فلا وجه إذن لأن يكون الفسخ في حضرته ، ووجهه نظر أبي حنيفة ومحمد أن الفسخ من غير اعلامه به قد يترتب عليه ضرر اجته ، اكس من الواجب اعلامه به ، لمرحت عن عاقد آخر ثمعه معه صفقه ، ولد دا سخ في غيبته لم يتم الفسخ حتى يهـ

§ ٢٤٣ - ويسمى حيز شرط واحد من الالة أمور (١) رصاً بالعقد وحيزه صراحة أو دلالة ، (٢) مضي مدة اخبار من غير أن يفسخ العقد فيها ، أو العقد بمضيها بحيز لازم ، لتوقيت حق الفسخ بها ، (٣) موت من له اختيار ، وذلك عند أبي حنيفة وابن حنبل ، وعند الشافعي ومالك يقتل لحق أو ورثته ، وإن لذلك تفصيلاً ينسبه في موضع آخر^(١)

وموضح الأمر لأول من هذه الأمور والرصد العقد صراحة كأن يقول أمضيت العقد أو أخريه ، ومثال الرصد دلالة أن يكون من له اختيار مشتري

(١) مستحكم في ذلك في رواية أنواع العرب جملة ، فبرك ، كلام في هذا في موضعه هـ .

فيتصرف في البيع تصرف المالك ، فان هذا التصرف يعتبر اسدطاً للخيار وورس
لا عقد دلالة ، ومنها يله العقد ويسقط الخيار ، وان لم يكن ارض بصريح اللفظ

خيار الرؤية

٢٤٤ - هو الخيار الذي سسه رؤية ، فهو من اصدقة الشيء الى سسه
كخيار اشترط والمعنى الشرعي لخيار الرؤية ان يكون للعقد الذي عقد على
شيء معين لم يره حق الفسخ اذ رآه ، فهو خيار يشترط شرطين (أحدهما) ان يكون
محل العقد شيئاً معيناً كدار وثوب ، بان يكون معروف ، يعين شخصه أو كما
يقول اساطفة معروف ، شخص لا بمجرد الوصف اذ يرى سسه ، بان اذ كان دينا بان
يكون معروف بأوصاف لا تعين شخصه ، بان يعين حسه ووعه وحاله ، ويشترط
دنيا في دمه كالمعتد عسه في السلم ، وفي هذه الحار لا يست خيار الرؤية
(ثانيها) ان يكون محل العقد غير مرفق وقت العقد ، فاذا لم يره العقد كان له
الخيار عند رؤيته ، وان اذ كان قد رآه فلا يشتر الخيار

٢٤٥ وخيار رؤية لم يكن سوه محل ودفق من العقد كخيار
شرط ، بل هو محل خلاف ، ونسب هذا الخلاف هو الخلاف في صحة
عقد على الأشياء معينة معينة ، من العقد من حكم بان لعقد عليه صحيح
ومهم من حكم بان سبها غير صحيح ، فأبو حنيفة وشافعي في مذهبه القديم ،
وابن حنبل في احدى الروايتين عه بصحيحون لعقد ، ومالك والشافعي في
مذهبه الجديد وحمد بن حنبل في الرواية الثانية لم يصححو العقد .

ومن حكم صحة العقد على الشيء اختلف المعين الذي لم تسبق رؤيته أثبت
خيار الرؤية ، فأبو حنيفة وابن حنبل على احدى الروايتين واشافعي على أشهر^(١)

(١) تذكر النووي في المجموع في البيع ما سسه في ادعاء قوله بعدم من يفتقر منه
البيع الى ذكر الصفات أم لا يه ثلاثة أوجه (أحدها) أنه لا يصح حتى تذكر جميع الصفات
كالمسلم فيه (والثاني) لا يصح حتى تذكر الصفات المقصودة ، والثالث أنه لا يفتقر الى ذكر شيء .

تفريجات مذهبه القديم بشموه عند اعتد على الأعيان العائنة انى لم تر قبل العقد .

وقد استدلل اسبقين معواضة اعتد على الاعيان اعائنة بأن اعتقود عليه يجب أن يكون معيوم امدات والصدقات ، والأعيان لا تتم معرفتها ، لا بمشاهدتها ، وعدم مشاهدتها بحالة تعصى ان السارعة في أصل العقد ، ووضعها ، وفي وقت قبض عوض اعتقود عليه ، أما فصاؤها في السارعة في أصل العقد ، ووضعها فلا لأن الأعيان تختلف رعات اساس فيها ، وتثبت الرعات لا يتم المطابق سها وبين العينين ، لا بآلية ، ودام يمكن قد رآها قبل العقد أو وقته ثم رآها فقد يبرأ في العقد ، لعدم موافقتها . عتبه ، فقد يقول ان هذا ليس اعتقود عليه ، بل شبيه له من حسنه ، وأما فصاؤها في ابراع في وقت قبض عوض اعتقود عليه ، فذلك لأن تسليم ثمن الأعيان المعتقود عليها ، إنما يصدق تسليمها لتعويضها ، ولا شك أن ذلك يقتضى رؤيتها ومعرفتها بالمعية ، والاختلاف المحمل عند المعايير يؤدي الى الاختلاف في تسليم الثمن .

ولاشك أن هذه الحجة المقتضية ان ابراع عذر ، والتي صلي الله عليه وسلم قد سبى عن بيع العذر . وقد استدلل الذين أحذروا اعتد على الاعيان اعائنة قبل رؤيتها بما روى عن عثمان وضحى بن عبد الله رضى الله عنهما من أنهما تسبعا أرضا باعها عثمان بطلحة ، ولم يكونا رآها ، فتبيل عثمان رضى الله عنه عيب فقال لى الخبير ، لأنى كنت ما لم أر . وقبل طلحة مثل ذلك ، فقال لى الخبير : لأنى اشتريت ما لم أره ، فحكى فى ذلك حبيب بن مطعم ، فقصى بالخيار بطلحة . وكان ذلك بمحض من استجابه رضى الله عنهم ، ولم يسكر عليهم أحد ، فكان

من المصنف ، وهو خصص على ذلك التصرف ، لأن الاعيان على الرؤية ، ونبت له خيار د رآه ، فلا يحتاج ان ذكر مصنف ، قد وضعه ثم وحده على خلاف ما وصف ثبت به الخيار . ومن وحده على ما وصف أو أعنى فيه وحين لا خيار له لأنه وحده على ما وصف ، فلم يكن له خيار كالمسحوق ، وإنه الخيار لأنه يعرف به خيار فلا يجوز أن خلافه . وبرى من هنا أنه على مقتضى المذهب القديم قد اختلف المصنف ، فثبت من أتب خيار الرقبة مطلقا ومنهم من أسه فقط في حال الوصف وخلف الموصوف عن الوصف الى ما هو أقل خلاص المذكور .

ديث اجماع منهم . وقد روى أيضا أن سبي صلى الله عليه وسلم قتل : « من اشترى شيئا لم يره فهو باع » (١) وأثبت الحارثي شراء الأعيان العائنة حين إقراره اشتراء ، ومشروعيته . ولأن الخيلة أحي أو حدها عدم الرؤية لا تقضي أن يباع : لأنه إذا لم يصادف بعثته فبيع ، وإن صادف لم يقضي ٢٤٦٥ . فخير الرؤية ثبت لأن الخيلة التي وجدت عدم الرؤية تحدث خلافا في الرضا ، فلا يكون مسببا على معرفة زمة لمحل العقود عليه ، ومن حيث أن عرض عدم العقد ، إذا لم يصادف بعثته أو رآه ، فيثبت له الخيار تداركا لما فاتته ، ولكيلا يكون ظلم .

ويثبت خيار الرؤية عند من أحاروه في كل العقود التي يكون محل العقد فيها شيئا معينا لم يرق قبل عقد ولا في ثمنه ، لأن سبب الذي أوجده محقق في كل عقد كذلك . ونثبت نسوه في أربعة أنواع من العقود (أوف) في عقد بيع ، إذا كان ، بيع معينا ، شخصي ، وليس سيئات في الثمن ، ولا يشت في السلم ولا في الصرف . وثبت بشترى للأشياء ، وفي قول لأبي حنيفة أنه يثبت للبائع أيضا إذا كان لم يبرم بيع ، ولكن صحيح عنه غير ذلك . (نبيع) الإحارة ، فإن استأجره أحار ، إذا كان قد رأى العين المستأجرة (ثمن) قسمة التقييمات فإذا كان أحد الشريكين ، عند قسمة لم يبرم بيعه فله الخيار أو رآه . (ربح) المصالح إذا كان بدل المصالح شيئا غير معين (٢) ، لأنه يكون في معنى اشتراء .

٢٤٧٥ . وليس المراد بالرؤية الأضرار فقط ، بل المراد بها هاهنا هو أعم من ذلك ، وهو المعاينة بأحسن ، سواء أكانت باعصر أم بعيرة ، كاشم في التسمومات والسموق في المذوقات ، أو الحسن في بعض الأشياء ، التي لا تعرف إلا بالحس : فإن معاينة هذه الأشياء ثبتت الحواس رؤية . وعلى ذلك يكون من الأعمى خيار الرؤية ، وتكفي منه معاينة التسمومات والمذوقات والأمور التي تعرف بالحس وما لا

(١) عن بعض المتقدمين في سند هذا الحديث ، وفيه أن بعض رواه بحروص الحديث

(٢) راجع رسالة العقود والمشروعة لأستاذنا الحبيب الشيخ محمد زهير

يعرف «لا» مصر يوصف له ، والشاعى يرى أن الأعمى موكل من يثق برؤيته (١) ،
 ويكتفى من الرؤية بما يوصل إلى معرفة صدق الحقود عليه المقصودة منه ،
 وكل رؤية تؤدي إلى ذلك ، فهي صحيحة ترتب عليها أحكام حيار الرؤية ، وقد
 كانت تلك معرفة لأنهم «لا» رؤية الشيء ، كله لم ينع رؤيته صفة ، وإن كانت
 تلك المعرفة تتم رؤية مصر دال على لكل ، فيكتفى برؤية بعضه الذي له ذلك
 احصاه ، وإذا كان المعهود عليه عدة أشياء ، فإن كانت آحاده لا تتفاوت فيكتفى
 برؤية مودج منه ، معلى لأوصاف سائر ، كالتمج وتقط . وإن كانت تتفاوت
 آحاده كالنوازل فلا يعنى معينة أحدها ، بل لابد من معينة كل الاحاد .

ورؤية الوكيل باعتد تعنى عن رؤية موكل : لأن كل ما ينع «مقتد» يرجع
 إلى موكل على ما ينسب في الوكالة ، وأثره من تمام العقد : بدرومه لا يتم من
 دهم . ورؤية الرسول ينسب أسسه بنفس الدين وأوسع عبارة اعتد لا يعنى
 عن رؤيته أعلا : لأنه ميقوض إليه ذلك ، ومن له شأن معتد
 واختلف فيها الحقيقة في رؤية الوكيل ، معنى تعنى عن رؤية موكل أم لا ؟
 في الحقيقة تعنى ، وقيل الصادق لا يعنى ، وجهه نصرهما تقوم على الوكيل
 منصرف في حدود ما وكل به لا يعمده في غيره ، وهو وكيل «نقص» فبأسه
 مقصودة عليه لأعماده ، ونقص شيء والرؤية شيء آخر ، ولا يقتضى التوكيل
 فيه الوكالة ، وإنما «وكيل» «معنى» لا يستطيع استقط حيار الشرط ولا العيب
 برصه «معنى» فكذلك لا تعنى رؤيته عن رؤية الموكل ، ولا يستطيع استقط حيار
 الرؤية .

ووجه نظر أن حقيقة أن موكل قد وكل الوكيل نقص «م» ، وذلك لأن
 انقص قسما نقص تمام ونقص نقص . ولأول يكون نقص الشيء ، ورؤيته ،
 والشيء يكون نقصه من غير معاينة له كأن يكون مستورا وموكل أد «نقص»
 «نقص» في الوكالة فهو منصرف إلى انقص التام متضمن للرؤية ، فكانه قد وكله

(١) راجع رسالة سفة ولحمد ع على نهدي الجزء التاسع من ٣٠٣ وعد ٢٢
 لا يكتفى فيما لا يدرك لأمره كصحح الا . ثم أو الذوق أو الحس ولا يكتفى «مصر»

في رؤية ، وإذا كان قد وكله في الرؤية فقد أقامه مقامه فيها ، فتعنى رؤيته عن رؤيته وتترتب عليها كل الآثار . ومن المقرر أن القصد من انعقد مع الرؤية يسقط الخيار ، فكذلك قصد أو كمال ناقص مع رؤيته تسقط الخيار ، ولا يصح أن يقس حصار رؤية على حيز العيب والشرط : لأن القصد فيهما لا يسقط الخيار ؛ بد قصد الموكل نفسه لا يسقط الخيار ، فكذلك قصد موكله ، أما هنا قصد الموكل مع رؤيته يسقط الخيار ، فكذلك قصد وكيله ، لأنه أقامه مقامه فيه .

٢٤٨ § - ومن يثبت له حيز الرؤية فله الفسخ قبل الرؤية . ومعه ، وقد اتفق على أن له الفسخ بعد الرؤية للحديث : « من اشترى شاة لم يره فهو الخيار » . ومعنى ذلك أن له أن يختار العقد أو الترت ، فله الفسخ بعدها . فاتفق من حكم ثبوت حصار الرؤية . أما قبل الرؤية فقد اختلف فيه فقوى الفقهاء . قال أن له الفسخ قبل رؤية كماله الفسخ بعده ، وهو الراجح عند الحنفية . وقال بعضهم إن الفسخ قبل الرؤية لا يجوز ؛ لأن سب الخيار رؤية ، وإذا أتممت له حق فسخ فيها فقد أتممت الخيار قبل وجود سببه ، وذلك لا يجوز في قضايا اعتل . لأن السب لا يتقدم على سببه ، وإن أتممت العقد قبل رؤية لا عبرة به ، فكذلك الفسخ قبله لا يصح . ووجه نظر من يقول إن الفسخ قبل رؤية يصح أن العقد مع عدم الرؤية عقد غير لازم يقتضي وجود خيار رؤية فيه ، والعقد غير لازم يجوز أن هو غير لازم في حقه أن يفسخه ، وإن السب في وجود خيار رؤية لم يثبت هي رؤية بل عدم الرؤية ، فافسخ إذا حصل قبل الرؤية لا يحصل قبل وجود سببه ، بل بعده ، أو سب ثبوت خيار عدم الرؤية ، وذلك حاصل عند العقد .

٢٤٩ § - ويستمر حق الفسخ ثبات أي أن تحصل اجرة للعقد وأما ، له ، ويموت من له الخيار ، وعلى ذلك يكون خيار الرؤية يس له أمد محدود ينتهي إليه ، من يستمر إلى أن تحصل اجرة أو موت من له خيار ، وهذا هو الراجح عند أبي حنيفة وأصحابه ، وفي مذهب الشافعي قول : أنه يثبت في مجلس الرؤية فقط ،

فإذا انصرف عن محس الرؤية سقط ، وكان العقد باثماً ، وعنه قول آخر أنه يثبت فور الرؤية ، وقال الكرخي وهو من فقهاء الحنفية أنه يثبت إلى وقت يتمكّن فيه من له الخيار من نصح ، فإذا مضى بعد الرؤية ذلك القدر من الوقت سقط حيز الرؤية . وعده الأقوال الثلاثة متتازة يتماثل القول الرابع عدد الحنفية وهو أنه يثبت مصفاً إلى الموت أو حصول الأجرة

§ ٢٥٠ وإذا كان الرابع أن خيار الرؤية يس له وقت معلوم عند الحنفية ، بل بوقت بالأجرة فقط ، فقد توسعوا في معنى الأجرة حتى لا يصير العقد اتّاني مهد الحسر انتهى يس له وقت ، ولذا قالوا إن الأجرة تخص بأقول الصريح ، وتحصل بكل ما يدل على الرضا ، ومنه أن يقضى المين وهو يراه ، ولا يفسح ، ومنه أن يتصرف في المين تصرفاً يخص للغير حق متعديته وعلى ذلك فالأجرة ثلاثة أقسام : (١) أجرة صريحة بالرضا بمقد صراحة (٢) وأجرة بما يدل على رضا دلالة من غير أن يتصرف تصرفاً يحمل حق غيره متعلقاً بالمين مثل لقنن (٣) وأجرة دلالة تتصرف يحمل حق غيره متعديتاً بالمين كسحبها بيعاً دماً أو اجارته أو رهماً أو هبتها ، ويشبه هذه في الأحكام هلاله مين أو بقصه ، أو رباذتها وانفسان الأول لا يصح من أجرة إلا إذا صدرت عن له الحيز بعد الرؤية ، أما إذا صدرت قبلها فلا اعتبار لها ؛ لأن الأجرة قبل الرؤية إذا اعتبرت كان معها أنه إذا رضى فليس له خيار ، وفي ذلك مسأله من الحديث " لأنه يقول من اشترى شيئاً لم يره فله الجار إذا رآه ، ولأن ذلك يعتبر إسقاطاً للخيار ، وهو ما جاء بشرط العقد " أو كان في معنى الاشتراط فيسقط باستطاع من اشترطه ، " جاء " أمر الشرع ، وليس للعقد إسقاطه

أما القسم الثالث فيعتبر أجرة قبل الرؤية وسعدها . لأن تلك تصرفات أوجدت حقاً مبره على وجه لا يمكن سترده ، أو يمكن وسكن قضاء القاضي كما في المسألة غير عوض ، فيصدر حشد عليه فسخ العقد الأول ورده ، فيسقط الخيار

ضرورة . وهو تقبلا العقد أو رجع في هتته لا يعود الخير ، لأن السقوط لا يعود ^(١) .
ومثل ذلك في تعدد المصح هلاله العيين أو تعيينها أو نقصها أو زيادتها زيادة لا تنقص
الافصال ، ففي هذه الحال يتعدى المصح فكات كاعين الثالث ، في أنه معتبر
رصد بالتعدد فقط به الخيار قبل الزوية وبعده .

خيار العيب

§ ٢٥١ خيار العيب أن يكون لأحد العاقدين حق المصح بسبب عيب
اطلع عليه في العقود عليه لمعين بالتعيين ، أو يكس على علم به وقت العقد ، وهو
خيار أدنى منه عيب بمفهومه عليه معين ، وهذا العيب حادث قبل القبض ، ولم
يكن عليه في أثناء العقد ، ولم يرصد به بعد العلم به . والسبب في شرعية خيار
العيب أعضاء العاقدين حق المصح بسبب العيب أن الاصلاح على عيب لم يكن
معلوم وقت العقد دليل على أن الرضا لدى ثأ بمختصاه لم يكن على أساس
صحیح . لأن الرضا بعد فاه على أساس السلامة من العيوب التي يست طاهرة
معمومة للعاقدين ، وإذا صير عيب لم يكن معلوما ، فقد اسهر الأساس لدى فام
عليه الرضا ، وشرع خيار العيب . تدارك الخلل الذي نال الرضا .

والدليل على أن السلامة أساس الرضا أن عرض العاقدين من العقود عليه
يعين الاستدع به ، وهو لا يكون كاملا إلا مع السلامة فكات مطلوبة : لأن
الاستدع الكامل مطلوب وإن عقود لمعاضت تقوم في اشريعة على مساواة
بين الموصيين في نظر العاقدين ، وتحقيق مساواة في مقابله لدل «س» ، والسلامة
بالسلامة ، وقد سار أحد المدين ، فوجب أن سلم الآخر ، فكات السلامة
مطلوبة للعقد ، ومطلوبة للشارع أيضا لتحقيق المساواة .

من كل هذا سار أن الرضا فاه على دعمه من السلامة ، فحلها يحدث
حنلا به . والله يقول : " يٰٓأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالطَّلَاةِ

(١) رجع المدعى مرة أخرى من ٢٩٦ ، ٢٩٧

أن تكون تحارة عن تراص مكم « فذا لم يتوافر الرضا وحدث فيه حش
أوجب تقصه أعطى الشارع من احتل رضاه حق الفسخ^(١) ؛ ليندرك من أمره
ما فانه .

هذا والعقد مع العيب من غير تيمم عش وتذليس ، والشارع لا يقر لعش
والتذليس ؛ فيجب رفعه وشرع ما يريله ، وذلك بشرع خيار العيب ، ولقد قد
التي صنى لله عليه وسلم : « لا يحل لمسلم باع لأخيه بيعاً وفيه عيب إلا يبيعه له .
و يدخل خيار العيب عقود المعاوضة التي يكون فيها المفقود عليه معيباً ، لا تعيبين ،
ولا يدخل عقود الموصات التي يكون المفقود عليه غير معيب كاسم ، لأن العبرة
في هذا النوع من العقود بتحقيق الأوصاف المشروحة في المفقود عليه ، فإن
تحققت قصص ، وإن لم يتحقق رد ، وعلى ذلك يدخل خيار عيب المفقود التي
تدخلها خيار الرؤية ، ولا يدخل غيرها ، وقد بيضاها آتياً ورجع بها

§ ٢٥٢ — والعب الذي يمت هذا خيار هو الذي يوجب نقصان القيمة
عند القبحار ، لأن «تقصير يكون نقصاناً مائياً ، ومقياس الذي تماس به ما يه
الأشياء هو اقيمة ، فكل ما يوجب نقصاناً فيها يوجب نقصان في المائية ، وهذا
انقصان يكون اعب ، وإرجع في ذلك إلى أهل الخبرة فهم الذين يثبتون وجود
العيب ، ويقررون مقدار تأثيره في القيمة .

وليس كل عيب يوجب حيسر العيب ، بل العيب الذي يشبه هو العيب
الحادث قبل القصد الذي لا يكون العقد على غير به ، ولا يثبت رضاه بعد اعب
مشرط ألا يكون العقد صاحب الدين اقيمة قد شرط البراءة من كل رد عيب ،

(١) هذا هو مذهب أن حبيبه ومالك والشافعي . وقال من حسن ب من نه الحار مح
من أمور ثلاثة إما انصاه البعد ، وإما فحه وإد ارجوع على ما قد الآخر مأر ش اعب ،
وهو ما أنسه من نقصان . واحتج له بأنه عيب مبر ، وإسلامه كات مقدرد ، فكان نه التعمير
عمد أوحده من نقص ، ولأنه فاق بسبب العيب حرم من بيع لأن عيب نقص المائية ، ونقص
حرم منها بعض حرم من البيع فكان نه المائية به ، كما لم شري عشرة أرد فح قام
تسعة (اشرح الكبير الجزء الرابع ص ٨٧) .

فإذا توافرت هذه شروط في العيب ثبت الخيار ، لأنه شؤنها يقين أن الرضا كان أساسه السلامة ، ولم يكن ثمة دليل على قبول المعتقد عليه مع لغيب ، فإذا صهر العيب يحتل الرضا ، وأما إذا لم تتم هذه الشروط ، فقد ثبت أن المعتقد رضى بالعيب ، فإذا كان العيب معنويا للمعاقدة وقت العقد فقد عقد على أساس وجوده ، وكان به راضيا ، وكذلك إذا رضى به بعد العلم ؛ لأنه إذا رضى بعد العلم فقد استبعد الخيار بعد ثبوته ، والساقط لا يعود . وإذا كان مالك العين قد اشترط في صلب العقد أن يكون ربه من كل رد عيب فمضى ذلك أن السلامة لم تكن أساسا للرضا ، إذ أمهد فرضها سراحة ، فمظهر العيب لا يحدث خلل في الرضا ، فيكون العقد مانا لألف ، ولا حاجة إلى التحجير من جديد .

§ ٢٥٣ - وخبر العيب يثبت للعقد الذي دخلت في ملكه العين معينة التحجير بين أمرين (١) أما بمضاء البيع ، وإما فسخ العقد ، واسترداد العوض متى دفعه . وهذا إذا كان الفسخ ممكنا أما إذا امتنع الفسخ ، كان يكون قد راد في العين ، أو نقص منها ، وكان حسب في الامتناع قد حدث قبل العلم بالعيب ، ففي هذه الحال لا يكون من له اختيار الفسخ ، ولكن يكون له الرد بما أوجده العيب من نقصان في الثمن^(٢) ، وذلك بأن تقدر قيمة الشيء بمعيار ، وقيمته سنيا ، وينقص الثمن بمقدار يعادل نسبة ما نقصه العيب من القيمة . فإذا كانت قيمة العين سليمة عشرين ، وقيمتها معينة خمسة عشر ، وكان الثمن ثمانية عشر ، ففي هذا الحال اعتبر العيب قد نقص القيمة بمقدار ربع ، إذ فيه عشر هي ثلاثة أرباع العشرين ، فينقص من الثمن ربعه ، كذلك فيكون الواجب ثلاثة عشر ونصف .

ووجه تحجيره بين الفسخ والامضاء يعطى في حال عدم امتناع الفسخ أن الضرر يمكن إزالته بالفسخ فيثبت ؛ إذ لو أرمسه بالعين مع عيبها سلك في ذلك صرر به ، ولا يصح أن يمكنه وبأحد من النقصان . لأنه لا حاجة تعطرا . أي ذلك ، إذ

(١) ويرى مالك في حال النقص أنه يرد العين ، ويسخ العقد مع توفيق العاقد الآخر عما أوجده هو من نقصان ، وذلك لأن رد المال مقرر للمدعي ، فيرد العيب راتما ما سببه من النقص الذي أحدثه .

رفع العلم ممكن : فليس ، فلا يلجأ الى تعويض النقص بسبب العيب الذي كان ثباته قبل القصد : وذلك لأن النقص بسبب العيب وصف من الأوصاف لا يقابل حرم من العلم ، لأن الأوصاف لا يقسم العلم عنها ، فلا يعوض عنها إلا عند تعدد رفع الضرر تعويضها ، وقد أمكن رفع الضرر ببره في حال عدم الفسخ ، ولأن الخيار سببه وجود حل في الرضا بعدم وجود السلامة التي كانت مقدرة عند إنشاء العقد ، والنتيجة منطقية لهذا أن يعاد تخيير التعاقد من حديد لمعرفة أهواراض ما بعد عقد البيع بامتناعه غير راض بفسخ ، وهذا ما لم يدهه لا يثبت إلا تخييراً بين أمرين لا ثالث لهما ، وهو الامتناع أو الفسخ ، فإذا رضى لزم العقد ، وإذا لم يرض فسخ ولا وسط بينهما .

أما في حال امتناع الفسخ بزيادة لأزمة أو نقصان ، ففي هذه الحال لا يمكن رفع العلم إلا بأن يعود من له الخيار بما أوجده العيب من نقصان في القيمة فيلجأ إليه لأنه الطريق الوحيد لرفع الضرر . وسكن في حرم ما ذكر كان امتناع الفسخ لنقصان حدث في بناءه فلهذا يثبت له الخيار ، يكون للعقد ثبات . يختار أحد العينين ورد عوضه ، وذلك لأن مع الفسخ في هذه الحال لرفع العلم عنه ، بأحده العين وقد بيعت بعيب حديد ، وهذا قبله هو كذلك فما لأحد عليه من مسئول ، ويكون من له الخيار من له الفسخ أو الامتناع .

٢٥٤ — وامتناع الرد الذي يثبت معه حق الرجوع تعويض عن النقصان بسبب العيب يكون أساساً هي : (١) لنقص الذي يحدث في يد من له الخيار تخيير ضلله ، (٢) والتعويض الذي يحدث بعبه كنوب يقطعه قبل العلم بالعيب أما الذي يحدثه بعد العلم بالعيب ، فهو دليل على الرضا ، ويصير امتناع العقد واستحقاقه للخيار ، (٣) وإزادة انتصه كالتسليم في الدواب ، وإزادة لمعصية المتولدة كاستحسان الدابة ، فإن هذه أحوال تثبت له الرجوع بالنقصان إذ تتمتع الرد ، (٤) وكذلك كل

زيادة بخذنها فعلة ولا تفعل الا بقتل كصف الثوب وحفظه اذا أخذته قد
 حرم بالعيب ، فانه في هذه الأحوال كلها لا يعتبر راضيا بمقد ، واقضوه ظم له ، فكان
 له الرجوع بما أرجه العيب من نقصان في الثمن على ما يلي ، ولا يمكن اورد للمعير
 الذي حدث ، إذ في الرد مع انقص الحادث في يد من له الخيار ص لما قد الآخر ،
 وكذلك اذا حدث بعيب ، واذا حدث زيادة فعل من له الخيار يكون في الفسخ
 ص له ، فلا يقدم عليه ، وإنما أنا سماء الخير من غير حانة حاشا ، أو اسقاط له ،
 فلا بد من توقيفه عن نقص العيب . وازيادة لمصلحة مولدة ، كدانة تدرع
 لفسخ أيضا ، وذلك لأن ردها مع الزيادة رد ما هو غير معقود عليه ، لأن المعقود
 عليه هو الدانة وحدها ، فلا وجه لرد ولادب معها ، كما لا يمكن رد الدانة مفردة ،
 لأن الفسخ يسحب إلى وقت العقد ، فلا وجه لامتلاك من له الخيار لهذه الزيادة ،
 بد سبب الملك قد بطل ، ولذا تمت الفسخ .

٢٥٥ § ولفسخ سترحة لمن له الخيار لا اذا امتنع الفسخ بالأسباب
 سابقة أو حصل الرضا ، وفي حال امتنع الفسخ يكون لمن له الخيار حق الرجوع
 بنقص العيب كما يلي . وفي حال ارضا سقط الخيار ، ولا يرجع شيء ، والرضا
 لمعتبر هو ارضا بمقد بعد العلم بالعيب ، وقد يكون صراحة ، وقد يكون بالدلالة
 لا بصريح العبارة ، والصريح مثل نصيب العقد ، أو رخصت له ، أو أوجسته ، أو
 أرمت بقى له ، والرضا دلالة أن يكون من صاحب الخيار بعد العلم بالعيب
 تصرف يدل على ارضا بمقد ، كأن يكون معقود عليه ثوبا ، فيصمعه ، أو ارضا
 فيبنى عيب ، أو حنطة فيطحنها ، أو بيعة ، أو بيعة هبة صحيحة ، ونحو ذلك
 من التصرفات التي تدل على اقرار البيع وارضاه ، ومنها استعماله بعد العلم بالعيب
 كأن يكون دابة يركبها وهكذا .

الفسخ بالخيارات وحاجته الى انقضاء

٢٥٦ اتفق الفقهاء على أن الفسخ بحيز الشرط وارؤيه والتميز على

قول من ثبت حيز التعيين - ثم من غير حاجة إلى قضاء القاصي أو رد العقد الآخر ، أما حيز العيب فقد اعتقوا أيّاً على أنه إذا حصل المسح قبل انقضاء لا يحتاج إلى قضاء ، لأنه ليس إلا امتناعاً عن التنفيذ ، ولمعتود عليه معيب ، وذلك حقه لا ريب ، ولأن الصفقة قبل القصد يست تمامه من كل الوجوه ، لأنها على خطر البطلان بهذا السبب قبل القصد ، وذلك بسطل العقد ، وإذا كانت الصفقة لم تتم قبل القصد على هذا المخرج ، والمسح ، ذهب عنه لا يحتاج إلى القضاء .

أما المسح بخيار العيب بعد القصد فقد اختلف فيه الفقهاء ، فأبو حنيفة وأصحابه يرون أنه يحتاج إلى القضاء ، والثامى وأحمد بن حنبل يريان أنه لا يحتاج إليه ، وحجتهم أن المسح رفع العقد مستحق للرفع فلا يحتاج إلى القضاء ، لأن إشارته حذره غير مستحق للقضاء ، أراد من له خيار ، ولأنه ثابت الخيار فيه يصير العقد غير لازم ، ويعقد غير لازم بمفرد أحد المتعدين ، فمسحه من غير حاجة إلى قضاء .

واحتج أبو حنيفة أن العقد قد تم ، فنقض ، وثبتت كل أحكامه ، ومتى صار العقد على هذه الحال لا يرفع إلا أحد الأمرين بقضاء يرفعه ، وإلا فإنه يترامى عليها ، ولا إقالة له ولا تراخي ، فيبقى إلا حكم العقد بالتمسح تنقيداً لأحكامه ، وأيضاً فإن ثبوت العيب والتحقيق كونه عيباً ، ثم تحقق كونه حدث قبل القصد ، وعدم حصول رضا من العقد ، كل هذه مسائل تجري انشراح بين الناس فيها ، ويختلف لأصناف حولها ، ولا رافع للتراخي والمخلاف إلا القضاء ، وحاجتها إليه .

وعلى ذلك يكون المرفق الذي كان سبباً في اختلاف حكم المسح بخيار الشرط والرؤية عن خيار العيب يقوم على أمرين (أحدهما) أن خيار الشرط والرؤية لا يتم معهما الصفقة فلا يحتاج إلى انقضاء ، ولا تتم الصفقة مع خيار الشرط ؛ لأن الأحكام لا تثبت في حق من له الخيار ، ولا تتم الصفقة مع خيار

الرؤية ، لأن عدم الرؤية يحل أصعته غير تامة ، أما خيار عيب فاصفة يتم معه ما دام العلم بالعيب كل هذا الغرض . (نابها) أن خيار الشرط والرؤية لا تجري المشقة والخلاف في سهمها عاماً : لأنه معلوم معين ، أما خيار العيب فمسه ، وهو العيب موضع نظر أهل الخبرة ، ويجرى فيه التنازع والتبايع عاماً ، فاصح فصح فيه إلى القضاء ، ومن الخير أن يضطر القضاة في أول أدوار الخلاف ، بدل أن ينظر بعد تعاقبه .

ورثة الخيار

٢٥٧ قال الشافعي أن كل الخيارات تورث فإن مات من له حق الخيار لا يصير العقد بائناً لأرما ، بل ينتقل الحق إلى ورثته . وقال أبو حنيفة ونحوه : أن خيار العيب والتعيين يورث ، وخيار الشرط والرؤية لا يورثان ، وإذا مات من له خيار شرط أو رؤية يصير العقد بائناً لأرما .

أصح الشافعي رأيه بأن الوارثة حلها بالعيب في كل ما تركه من حقوق ومول ، فموت عليه الصلاة والسلام من ترك ما لا أو حقاً لورثته ، والخيار حق ميت متعلق بمال من أمواله فثبت للورثة ؛ لأن الأثر صفة للوارث بحال الحق ينتقل إليه ، ثم هو حق متعلق بالأموال فينتقل بالهبة ، وأيضاً فإن خيار الشرط والرؤية ينتسبان مع خيار العيب ، لأنها جميعاً علة للمسح وحل العيب يورث ، وخيار الشرط والرؤية يورثان أيضاً .

واحتج الحنفية بأن خيار الرؤية والشرط عيب في معاملة الأرض العاقدة أو عدم رضاء ، وأرض مشيئة وإرادة ، وهي لا يورثان ، لأنها حالان حاصلتان بنفس المورث تدهن مع موته . ثم أنه إن مات أحيد في الشرط والرؤية لاوارث فبني وصف يمتنع به ، لا حائر أن يشابه اشتداد : لأنها يشتمل للعقد ، وليس هو العقد ، ولا يشتمل بالخلافة : لأنها إرادة اعتقد أو عدم إرادته ، وذلك لا يقلل الخلاف كما يبين

أما خيار العيب والتعيين فميسر إرادة ومشية فقط ، منهما حقان معتبران

يعين : لأن خيار العيب معناه حق سلامة العين ، وخيار التعيين معناه حق تعيين الشيء المملوك من شيئين أو ثلاثة ، ولما كانت العين تنتقل في الإرثة . فلا بد أن ينتقل معها ما هو لازم لها ، فهي ورثوا من مورثهم عيباً سليماً ، وعيباً قائماً للمعينين من بين اثنين أو ثلاثة ، بذلك ورثوا خيار التعيين والعيب .

وفي الحق إن الخلاف بين الحنفية والشافعية في مسألة الخيار قائم على خلاف بينهم في وراثة الحقوق ، فالشافعي يورث كل اختفئ سواها ، أكانت مشيئة وإرادة كخيار الشرط ، وحق الشعقة ونحو ذلك ، والحنفية لا يورثون إلا الحقوق المالية ، ولذا لم يورثوا خيار الشرط ولا الشعقة . وقد ذكرنا ذلك في الأموال فارجع إليه .

عيوب العقد

٢٥٨٥ . يقصد بعيوب العقد الأمور التي تحيط بشأه ، فتؤثر في إرضاء ما تعده ، أو تجعله على أساس غير صحيح من العقد ، فكل ما يحيط بشأه العقد ، ويؤثر في إرضاءه ، فيعده إرضاء ، أو يجعل كغيره رخصة تحت تأثير جهل بمحل الشيء ، أو تعريضه فهو عيب من عيوب العقد يؤثر فيه ، فيكون من حصل في حاسه ما أعدم رضاه ، أو جعله تحت تأثير خطأ .

تعريف الحق في فسخ العقد . وتلك العيوب التي تؤثر في الإرادة ذلك التأثير أنواع كثيرة مختلفة ، مرجعها إلى ثلاثة : الإكراه ، والخطأ ، والعمس مع التعريض .

الإكراه

٢٥٨٦ — الإكراه معناه في اللغة إيقاع الإكراه ، بمعنى أكرهته فلا أشت ما يكرهه : وأوقعته فيه وحمته عليه . وهذا معنى اللغوي هو الأصل بمعنى الشرعي : لأن معناه في الشريعة دعوة الإنسان غيره إلى فعل من الأفعال أو قول من الأقوال

بالإيعاد والتهديد ، وإرزال الأذى الشديد أن لا يجب دأعيه ، ولا يتحقق الإكراه إلا إذا كان المكروه قادرا على تنفيذه ما هدد به : وأن يجب على طعن المكروه تنفيذه ما هدد به ، فإذا لم يتحقق أحد هذين الأمرين لم يتحقق الإكراه ؛ لأنه إن كان المكروه غير قادر على إتمام وعيده ، فكلامه لمع لا يستغنى عنه ، وليس من شأنه أن يحمل شخصا على أن يفعل ما لا يريد ، فلا ضرورة نتجته للعمل إن عمل فإذا عمل مع ذلك كان راعيا لأمرها وإن لم يقع في نفس المكروه تنفيذه لوعده كان فعله رعا عنه نصا ، فيكون الرضا متحققا

٢٦٠ وقد قال أبو حنيفة : إن الإكراه لا يتحقق إلا من السطوة . وقال صاحبان إن الإكراه يتحقق من سطوة وغيره ، وذلك لأن الإكراه ليس إلا إيعادا بإرزال المكروه والأذى الشديد إن لم تمتنع ، وذلك يتحقق من كل قوى حصر مطلق ووجهة في حصة من غير السطوة لا يستصحب إيعاد ما هدد به ، لأن لمكروه يستصحب أن سمعته ، فيدركه العوثر إن لم يكن المهدد سلطانا ، لأن الناس يعيشون من يؤديه غير سلطان ، والسطوة بعينها ، وما من يؤديه السطوة ، فلا عوثر له ، ولا يُصْرِخُه أحد .

وذهب جماعة في البدائع « قل إن الإكراه لا خلاف بينهم في المعنى ، إنما هو خلاف من ، ففي رومن في حصة رضى الله عنه لم يكن مير سلطان قدرة على الإكراه ، ثم تغيرت الحال في زمانهم ، فغير المعنى على حسب الحال ، والله سبحانه وتعالى أعلم » .

§ ٢٦١ - ولا إكراه قسما إكراه ملحي ، وإكراه غير ملحي ، « لا إكراه الملحي ، ما يكون التهديد فيه نفس النفس أو إتلاف عصب أو أعضاء ، أو ضرب مبرح شديد يحذف منه نصف النفس ، أو العصب ^(١) ، أو إتلاف المال

(١) لم يذكر أحد بعد العدد الصرب الذي تحذف منه نصف النفس أو العصب وبعضهم ذكره بعد ضرب أحد ، وأنه غير مديد ، لأن للمول عليه تحقق الضرر الملحي . فإن تحقق فلا معنى لتعيين العدد (البدائع ٧ — ١٧٥) .

جميعه ، فإذا كان التهديد شئاً من هذا فالإكراه ملجئ ، إذ يكون المكروه كآلة في يد المكروه ، وإن كل التهديد بما دون هذا كإتلاف مصل المال أو ضرب لا يؤدي إلى تلف النفس أو العوض فالإكراه غير ملجئ ، فكل ما كان تهديداً مآدى سال النفس غير ما ذكر في القسم السابق يعد من القسم الثاني ، وإن كان الأذى يسيراً لا ينافي مثله عادة فلا يعتبر التصرف أو العمل تحت تأثير الإكراه مطلقاً ، وحدود الأذى الذي لا يسببه عادة ، والأذى الذي يكون التهديد به إكراهاً لا يمكن ضغطها ، ولا وضع رسوم واضحة لها ، والأول تركها بتقدير القضاء ولذا جاء في الرابع في هذا : « بناءً على ما نصه : « ليس في ذلك حد لا يراد عليه ولا ينعص : لأن نصب التهديد يترتب مشيئة ، من ذلك مفوض إلى رأي الأمام : لأنه يختلف « اختلاف أحوال الناس ، منهم من لا يصرر إلا بصر شديد ، وحسن ملبد ، ومنهم من يصرر بأذى شئ ، كإشرفاء ، وأرؤساء ، يصرر بصريرة سوط أو عكة أدن ، ولا يسي في ملا من الناس أو بحضرة السلطان ، فيمت في حته الإكراه بمثله : لأن فيه هوان ودلاً أعظم من الأثم » .

٢٦٢ § والإكراه عسمية يمدد إرضا : لأن إرضا رعه نفس في نفس أو التصرف اشرعى ، وليس مع الإكراه رعه . أما انفرقة بين القسمين ، فهي في الاحتيار ، فعير ملجئ ، لا يسه عند الخفية ، لأن الاحتيار عندهم هو القصد إلى الفعل ، وذلك متحقق في غير ملجئ ، أما ملجئ ، فهو ليس الاحتيار ، ولا يمدمه ، لأن القصد موجود ولكن يمدد . وهما من حيث التصرفات القوية لا فرق بينهما ، وأما من حيث الأعمال فليست فرق يس هذا موضعه ، فيرجع إليه ^(١) في أمهات كتب الفقه .

(١) خلاصته أن الإكراه غير ملجئ ، بل له أثر في إسهام أحكام الأعمال . أما الملجئ ، فله أثر ، لأنه ينعط أحكام نفس ، الأعمال ، والأعمال ، نسبة في غير إرضاء أو إسهام . وذلك حد قوة حريم الشارع لها ، وإحده لم يوطأ وعدم أحده (القسم الأول ، أعمال ، وهما اشرار ، ولكن جعل المنع قابلاً للقوط ، وهذه يقطع بحرقه عدم الإكراه ملجئ ، ككسوف الحجر ، وأكل احبر ، وهما بحرقه تحرقا بين إسهام عدم الإسهام ، فلهذا بالإكراه .

وانما الذى يهمها هو الأقوال ، وهما على التحقيق تصرفات الاشائية
 منها ، وهذه التصرفات النفسية لا كراه قسما في الكلام في الرضا . القسم
 الأول تصرفات ائس ارضا بشرط لاشائها ، وهى لسكاح وعتق والطلاق
 والايحسان ، فان هذه تصرفات لا يشترط الرضا لاشائها عند الحفية على نحو عايب ،
 والقسم الثانى تصرفات يشترط ارضا صحتها ، وهى سائر التصرفات غير ما ذكر .
 فاما القسم الأول ، فقد عمت أنه موضع خلاف بين الحفية وغيرهم ، وهو
 يقوم على وجود الاحسان وعدمه وجوده ، شافعى يرى أن الاحسان لا يوجد من
 غير رضا ؛ بد الرضا والاحتيار متلازمان ، فاما يتحقق الرضا لا يتحقق الاحتيار
 وعلى ذلك لا يتحقق القصد فى العقد عند عدم الرضا . فاد كان نية الكراه
 لا يتحقق احسان ولا قصد لاشاء العقد ، فالأصل يفقد معناه ، فلا يعتقد اعتد
 بها ، لأن المكروه ما قصد الى اشاء العقد ، بل قصد الى افناء نية ، وذلك معنى
 نيت فى التصرفات كلها ، سواء كانت سكاحا أم غيره . أما الحفية فيرون أن
 الاحتيار قد وجد مع الكراه ، لأن الاحسان لا يسفر عن الرضا ، وإذا وجد القصد
 فى العقد والأصل البتة عليه ، فقد وجد العقد ، والاحتكاح وأخواته تصرفات

— (القسم الثانى) : أصاب من حرمها حرمه لا يعل السقوط كالمثل والى ، لأن يعل لاس
 لضرورة ، فلا من الكراه ، لأنه لا يعل أن يعل من غيره من غير قصد له نفس ،
 ودر ، من يعل فى ذلك ، والاهم ، اختلاف ضوئى وجوده نقصان والحد يرجع ،
 (القسم الثالث) : مع لا يعل سقوطه ، ولكن اسرع رخص فيه سقطوا أحده عند الكراه
 لمضى ، وذلك هو نطق بكلمة كبر . فهو حرم حرمه لا يعل السقوط ، ولكن رخص
 اشرافى لطفى ، ولا بد من منع مكروه عن النصيب ألب ، خلاف نفس الأول ، فانه
 دامتنع عند الحد ، يكون عام ، ولا يعل هذا بمطرا م يؤاحده لله (القسم الرابع)
 مع يحمل السقوط ، ولكن فى حد عدم السقوط أخرى فيه ابرخصة ، وذلك مثل حقوق
 عند الماخمة ، غير انقصان ، فهى يعل السقوط بسقوط صاحب ، وأخرى فيها ابرخصة
 عند عدم السقوط ، من أكره على ائلاف من غيره رخص له فى الائلاف ، والارش على
 المكروه لمهدد ، لأن الدفن كالأية فى يده ، والديك على أن تبع رخص فيه عند الضرورة
 أن من كان فى محضه شديدة يذبحه الأكل من ما غيره ، وله أن يقتله عليه بغير سلاح على
 ما بينا فى الحقوق (كشف الأسرار ٢ - ١٥٠٧) .

لا يفتصل أحكام عن سماع وهي أصح ، فمجرد وجودها تثبت أحكام كائنة ، وإنما الرضا موضع تأثيرة إنما هو في ثبوت الأحكام لاق وجود العقد ، وما كانت الأحكام توجد فور وجود العقد في السكاح وأحواله لم يكن للرضا تأثير في أحكامه ، فصحت مع هذا الرضا .

هذا هو فقه خلاف في العقد السكاح وأحواله مع الإكراه وصحته عند الحنفية وعدم صحته مع الإكراه عند الشافعية

٢٦٣ — والفقهاء يسوقون أدلة شافعية في هذا ، وأدلة للحنفية عند كراه . وقد استدلل للشافعية رضي الله عنه أولا بقوله صلى الله عليه وسلم « رفع عن أمتي لحظا ولسانا ، وما أسكرها ما عليه » فممن أن يكون حكم كل ما أسكرها ما عليه عوا ، بمعنى أن يكون سافها لا يؤخذون به ، فتسقط أحكام كل التصرفات الشرعية التي تكون مع الإكراه ، سواء أكانت سكاح أم غيره ، وإذا لم تكن ها أحكام مع الإكراه فهي غير معتدة . (وثانيا) بما يشهد من أن المتصرف مع الإكراه لا يفقد تصرفه ، وإنما يفقد دفع الأذى عن نفسه ، فلم يوجد القصد ولا الاختيار . لأن الاحتسار لا يتحقق من غير رضا عبده . واستدلل للحنفية بصحة التصرفات الشرعية عند العقد ، وهي تشمل ما يكون معها الإكراه ، وما لا يكون معه إكراه ، وأن التصرفات الشرعية معتدة ، وتأنحر الأحكام عند عدم وجود الرضا ، كالمعتود مع خيار الشرط ، والسكاح وأحواله لا تقبل انفصال الأحكام وتأثيرها عن الجميع ، من توجد الأحكام فور الصيغة كما بينا ، فلا حاجة فيها إلى الرضا (١) .

(١) وإذا وقع الخلاف مع الإكراه أن كان قبل العقد ، وجع على من أسكره (إذا كان الإكراه مطلقا) ، نصف المهر ، لأن نصف مهر كان مطلقا ، وهو كان كالأمانة في يده ، فمطلقا منسوب إليه ، فله خلاف هذا المذهب ، فراجع عنه به . وقد انعقد السكاح مع الإكراه ، وكان غير مثل أو أقل من المهر ، يسمى . وإذا كان أسقى أكثر من مهر المثل لم تصح الزيادة ، لأن اسميه لا يصح مع الإكراه ، إذ سمى المهر بصرفه ماليا ، فلا بد من رضا بها ، فلا تثبت الزيادة ، وتب ميراثا ، وكان العقد لم يسم فيه شيء . هذا إذا كان السكره هو الزوج ، أما إذا كان سكره هو الزوجة . لم يسم المهر ، لأن المهر كان يسمى مهر .

§ ٢٦٤ - هذه أحكام التصرفات التي لا تفضل النقص ، أما للتصرفات الأخرى مثل البيع والأجارة واشراء ، فنقد اتفق الفقهاء على أنها لا تكون صحيحة بصفة مع الإكراه ، ولكن اختلفوا بعد ذلك على ثلاثة أقوال (أولها) قول الشافعي ، بعض الفقهاء ، أن العقد يكون فاسداً أو باطلاً ، ولا يقبل الأجارة بعد روال الإكراه . لأن العقد لم يصح مع الإكراه ، وإذا لم يصح فهو لم يعتد به ، وتفسد هذا القول أنه لا فرق عند صحة بين العاقد والمطل . (ثانيها) قول أبي حنيفة وصاحبيه أنه يكون فاسداً ، ولكن إذا حصل الرضا بعد روال الإكراه يصير صحيحاً . (ثالثها) قول زر ، وهو أن العقد مع الإكراه يكون موقوفاً على ائحارة بمأقاة المكره بعد روال الإكراه ، ونمرة اءءاف بين زر وبين الأمام وصاحبيه نصروا في تصور ، منها د باع شخص عينا تحت تأثير الإكراه ، ففسدها بشراى ، أنكون فى ملكه أم لا تدخل فى ملكه ؟ زر لا تدخل ، لأن العقد الموقوف لا يشت أحكام قط قبل اءءارة ، وزر أوجهه وصاحباه بمسكه . لأن البيع المفسد يشت به است إذا حصل معه قبض .

وحجة الأصحاب الثلاثة أن عقود المددلات اءمة إذا حسبات مع الإكراه كانت حاصلة مع مسمى عمه بقوله بعض : « يأبى الذين آمنوا إلا أنا نكلوا أموالكم سكم » اصل الأ أن تكون تجارة عن براص مكم « وانهى هما وصف زائد عن ركز العقد ، ودأكل مسمى واقفا على وصف للعقد ، فمقد معه فاسد . وركز اءمء قائم لا حال فيه ، لأن العقد صدر عن أهله معناه الى محل قابل بحكمه ، فمقد . غير أن اءدى أوجد الحلل فأفء للعقد هو علم الرضا ، والرضا أمر يتعلق بالءقد المكره ، فإذا ثبت الرضا بعد روال الإكراه ، فقد ران سبب المسمى ، فسلم العقد من الحلل ، وبذا يصير صحيحاً .

— من أو أكره — وان كان أقل من مهر ثلث لا يطأ مهر ثلث قبل الدخول ، وقد ذهب اءمءه بعض اءمءاء الإكراه ، ويعتد بحق طء اءشعرقه بالرضا صراحة أو دلالة ، وإذا دخل بها بالإكراه وجب مكمل مهر اءلث ، وبمحق اءدخول (بدائع السامع ص ١٨٥)

وحجة زعم أن العقد مع الأكراد لو كان وصدا ما ارتفع الفساد بالاحارة ،
لأن الفساد لا يحلله الاحارة صحيحا ، أما الذي تلحقه الاجارة هو الموقوف ،
فكان كعقد القسولي .

الغلط

§ ٢٦٥ — العلق معناه هنا أن يذكر محل العقد المعلن موصوف عوصف ،
ثم يبين أن هذا الوصف غير متحقق فيه ^(١) كمن يشتري داراً على أنها مسية
بلاخر ، فيبين أنها مسية بالاس ، وكمن يشتري ثوباً ، على أنه حرير فيبين أنه
غير حرير ، أو على أنه حرير طبيعي ، فيبين أنه حرير صاعى ، ففي كل هذا
يحصل خطأ في انعقد عليه ، ولاشك أن علق على هذا الشكل يؤثر في ارضاء
لأن ارضاء مقدر بحال ، ومعروض وجوده عرض وجوده ، فإن تعاضت الحقيقة
اواقعة عن الحال المقدرة لتي كان ارضاء مصابا عنها ، في هذا الواقع المستقر م
تمت إدآ ، فإذا كان العقد مما يشترط صحته ارضاء ، فقد حصل الخلل فيه ، لأن
العلق لا يتمصر تأثيره في ارضاء ، بل قد يترتب على علق احكم عدم وجود
انعقد عنه ، فيبطل العقد - لأن انعقد عليه معدوم ، كمن يشتري حلية على أنها
من الماس ، فيبين أنها من الزجاج ، فهذا خطأ يترتب عليه أن عقد البيع وقع
باطلا ، لأن محل العقد ، وهو حلية الماس غير موجود ، بل معدوم فيكون
العقد باطلا .

§ ٢٦٦ وعلى ذلك نقول إن العلق في العقد قسمان : (١) علق يترتب
عليه بطلان العقد (٢) وعلق لا يترتب عليه البطلان ، بل يترتب عليه أن يكون
العقد غير لازم ، فمسة لمن وقع العلق في حايه - فيكون له الحق في فسخ العقد

(١) تذكر خطأ في يكون العقد في المادون يسمى أوسع من هذا فيبين خطأ أحد المتدينين
في بعض بالمعنى الآخر ، كأن يكون دهما أنه ذلك ، فيبين أنه تصور أو يبين أنه كان
لأهله فيبين أنه ناقص وهو ذلك . أما في اسريه فأحكام تلك المسائل تذكر في مواضعها
من اليه ، ولا يشككون في العلق إلا إذا كان في محل عقد

فأما القسم الأول ، فيكون إذا كان المذكور عند إنشاء العقد حباً ، يحذف
عن حسن معنى لشار إليه عند العقد كما في الإرجاع ، فإن الناس حسن يحذف
إرجاع ، وإذا كان من حسن واحد ، وسكن يحذف الاستدعاء بوصف عن
العين المحسوس بخلاف ما كان له نسبة بالآخر وإما نسبة تامين ، فمنهم من
حسن واحد ، وسكن يتفاوت الاستدعاء فيهما فبما هما قد اختلف المذكور
عن لشار إليه العين ذلك فتحذف ، فمعرفة في العقد المذكور الموصوف ، فهو
للعقد عنه ، والعين بالاشارة لا تنعت به ، بل يعتبر معنى ، وإذا كانت
المعرفة بالمذكور الاسم ، فهو غير موجود ، بل معدوم وقت العقد ، فيكون
العقد قد بطل باطلاً ، فلا يحذف منه بعد ذلك ^(١) .

فما قسم في فيكون إذا كان المذكور في العقد محذوف عن العين
لشار إليه ، حسن في حسن ، أو يحذف الاستدعاء فيها اختلاف بين التفات ، كمن
يشترى خبثاً عن أنه ذكر ، فتبين أنه نقي أو العكس ، ففي هذه الحال لا يكون
للعقد طائل ، بل يكون صحيحاً ، وإن كان من حسن محذوف في حاشية يكون الحق في
فسخ العقد ، فمخوات بوصف مرعوب فيه ، إذا لم يتم العقد بهذا الوصف الذي بين
أن للعقد عليه موصوف به ، وقد يحذف المذكور عند إنشاء العقد ، فلا بد تمام
الابراء من رضا جديد ، الحل في طرأت وتبقيات ، وذلك باعطاء العاقد الذي
كان الفاظ في جانبه حق الفسخ .

هذا وإن حكم الحذف في القسم الأول سري في العقود كلها ، وأما القسم الثاني
فتسري أحكامه في عقود التي شرط لها رضا

(١) ذكرنا في كتاب العقد مع العرب نوع من العقد يكون باطلاً أو سهواً
فعال في هذا العقد في بيع ، يقع مع هذا عند بعض الناس ، لأنه معدوم ، وبيع معدوم
لا يجوز ولا في القسم ، وفي قسمه به فسد ، وهو غير صحيح ، لأنه مع الشيء
، أثاره غيره ، فبما كأنه مع شيء شرط أن يسلّم غيره ، وذلك سهو

(٥٠٥) وفي الحيدان بك لا يراد عن عثم (١٠ - ١) وفي صفار بك لا يراد
عن الخس (٢٠) ^(١) وفي كل منه سعر معين لا يراد عنه نقص
وأساس اختلاف تقدير في هذه لأحدس هو منسوب بدو بين تقديرات
القوميين فيها ، فاعلم المحققون فيه كثير من هذه النقص في ماله
سعر محدد لا يحسمون فيه قدره وعلى هذا يستصعب أن يقال ، أن أساس هذا
التقدير هو النقص لأن ، وهو ما يدخل تحت عموم منه ، وما لا يدخل
٢٦٨٥ ومن له مقد في هذا كتاب لأن كونه منه مستحق ،
و شئ ، الخس بحد ، وهو في درجته لا يكون له في هذا والمحدد
حاز في أمر محقق لوجوده ، وهو عند ، لأن على جبره كغيره في المسود ،
فيكون من الأحسن ، ولا فيه فيه ، وقد سمي من ، ومع بيع بركات المندسة
بدين مسعور في بعض ثوب ، ٥٥٠ مع بعض ثوبه على ولو يسيرا
وتركته مستعرقه بدين ، ثم مدت في مرتبة عند كل لدنس أن يسحقوا النعم
لأن يراد شري ما يدفع من ^(٢) وذلك لأن حق في دين يعلق بمائة ركة
درين ، ومنه لأشياء تدر منتهى ، فاستدرك أن تدر هم اقيمة ، هذا نقص
وله بمقدار يساويها من هذه عند كل من خبها ، فله عند هذا نقص
أما على محاسبه ، فله ، وفي هذا يكون ، ٥٥٠ من أموال الأوقاف
و أموال المحجور عليهم ، و هو من بيت ، لأن منصرف في هذه الأنواع من
الأموال يجب أن يكون في دائرة مفسحة له ، فله هذه الحاجة ، وليس من
المفسحة في شيء ، أن تقدر هذه معهود مع ما فيها من عن وحش ، وهذا جاء في البدر
المختار أن بيع الوصي من سيرة من وحش ، ٥٥٠ ، وقد مر ، ٥٥٠ راجع ^(٣)
ومثله التصرف في الوقف ومال بيت المال .

(١) بدائع جرد لادن من ٣ - عند وبعده ، ذهب جرد من مع كادون
لأن القوة عليه سائر في بيت كادون ، وبعده كادون ، ٥٥٠
(٢) كتاب التعليل لأستاذ العن لادن وبيع أحمد ، ٥٥٠
(٣) رسائل ابن عابدس أحمد ، ثانياً من ٧٤ .

أما فيما عدا مسائل المتشابهة ، ومبدأ تأسيق ، فليس يحتاج إلى بحث فيه
على ثلاثة أقوال :

قال بعضهم ان المعلوم ليس له حق المسيح ، واعتقد لأمره . تتبع المروم
سبب آخر ، وهذا الرأي هو المروى في كتب جابر الرأي . وهو رأى أكثر
الأئمة . ووجهه ان عقود اسبغالات وهي التي تجري فيها انفس عقود لأمره ،
فيجب أن تصان عن المسيح ما يمكن ، ولم أيجز لكل من ينه عن شيء أن
يسبغ حسب الأوامر ، ويجري مشاع والبرح في . مما كثير . ومن حجة أخرى
، ما أن يكون المعلوم قد عده من وقت احد ، لأنه كان عده من وقت بعض
بعد آدم على نية من أمره . فربما . بعد . من كل أموره ، . اما أنه عده
بأمر وقت العقد ، وفي عده الخلق كان يمكنه أن يعد له بأي وجه . يتسرع فهو
المقصر في حق النفس ، وعليه أن يبدل معه تفسيره ، وحتى لا يقود احترامها
وصياتها عن البطلان ^(١) .

وقال بعض الفقهاء المعتبرين حق الميراث نسب هذا من مطالب ، وهذا
الرأي الجدير بمصالحهم ، ووجهه أن الميراث مصروف ، وأصله لم يرفع ، ومن
جهة أخرى فالحسين بن علي رضي الله عنه ، فلا بد أنه أدخل عليه ،

(١١) يرى لتمام أحمد من حال أن من لا خير بعد من فتح إلا في بلاد أحوال
الحال الأولى فلا يبقى شخص الزكيات فاعلموا في شريهم وفتح لا يملكون حال أسوء ، فلم
الخير و هبطوا أسوأ و بعدوا أنهم قد عذبوا حريم عن مدقة أن ذلك ضرب من
الطريقة يمكن سدا كذا ب حارة ، و سة اجس ، و قد في سعة شخص لا يريد
شراء مع لشق في حارة عن ، أن حسن حريم ، و في علة بعد بر تاسدي
و حدة له و أن في حتى نكته و لم يفي من حسن و قد حدة في من ، و راي
عن أحمد رضي به عنه ، أن مع من ، أن في علة عند أحمد أعني من في
نك الصريح و علة و سة ، و سة علة من د علة و سة ، هو أحمد
حمة السعة و لا يمكن لبيته من أحمد ، من في لا يمكن أن منك « و في
لفظ « الذي لا يمكن » و كأنه سعة في أن أحمد من علة بما كسبه و لا مع
سعة عشر و علة سعة من من سعة في علة من علة و سة ، و سة من سعة
السكر - ١ - ٧٧ - ٧٨ - ٧٩) .

وذلك يدل على أن كل عس فاحش هو صد ارضا إلا إذا كان من رضى به في عقله دخل .

وقال بعض الفقهاء ، هو أن عدل لأقوال ومثالي إن كان العس بتعريض من
 المصنف الآخر أو دلائل فيعمدون الحق في فتح العبد . لأن العس كان يبيحه
 نفس وعش فكان يعصو معدورا . كما كان رصه على فرض عدم العس ، فإذا
 ظهر العس ، صدقه . فلا بد من إعطاء معصون حق مسح ، يثبت رصاه
 بامتد من حديد ، وبعد أن نسبت حله من كل أبوجه وهذا يرى اختاره
 أكثرهم ، لأنهم - وهي أقوال يدل على قنوه . وهو رأى منه فوق
 بانفس ، وفيه فوق ذلك عدل ، ومع لأن تكون المش مثبتا لحق من الحقوق
 والحمد لله رب العالمين .

الخطأ والصواب

قد عثرنا على أخطاء مطبعية ، تركنا تصحيحها بمضعة القارىء ، لكرمهم ،
وهذه أمثلة منها :

| الخطأ | الصواب | الخطأ | الصواب | الخطأ | الصواب | الخطأ | الصواب |
|-------|--------|----------|---------|-------|--------|------------|--------------|
| ١٠ | ١٨ | هـ | هـ | ١٢٢ | ١٢ | من | في |
| ١٢ | ٢ | الخلق | الخلق | ١٥٠ | ٨ | خاص | خاصا |
| ١٣ | ٢٤ | كان | كان | ١٥٠ | ١٦ | عند | عند |
| ٣٨ | ٥ | تسمية | تسمية | ١٥٠ | ١٧ | غيرها | غيره |
| ٦٤ | ١٥ | الأموال | الأموال | ١٦٣ | ٢ | شروط عديده | اشترط المرأة |
| ٧١ | ١٥ | غير بدل | غير بدل | | | المرأة | |
| ٧٢ | ٣ | نكح | نكح | ١٧٣ | ٦ | المراد | المراد |
| ٧٢ | ٥ | أشها ملك | ملك | ٢٤٧ | ١ | تسبعة تراب | تسبعة نقد |
| ٧٣ | ٢٢ | أقبح | أقبح | | | | رتب |
| ٧٦ | ٦ | الحدوث | الحدوث | ٢٥١ | ٧ | الشرط | الشرط |
| ٧٨ | ١١، ١٠ | أوجدنا | وجدنا | ٢٥٤ | ١٩ | الاستقاطات | الاستقاطات |
| ٨١ | ١٤ | يقع | يقع | ٢٥٩ | ١٢ | الاستحقاق | الاستحقاق |
| ٩٣ | ١٣ | الشيء | الشيء | | | | |
| ١٠١ | ٢ | في | في | ٢٨٥ | ٤ | مسألة | مسألة |
| ١٠١ | ٣ | كان | كان | ٢٨٧ | ٢٦ | الزقور | الزقور |
| ١٠٧ | ١٩ | عليه | عليه | ٢٩٢ | ٢٠ | الكن | أما |







32101 073412452

